Mert. 64 mh

Entwurf

A. F. E.

<36622371560010 S

<36622371560010

Bayer. Staatsbibliothek

Motive

zu dem Entwurfe

eines

schweizerischen Handelsrechtes,

im

Auftrage des Tit. schweiz. Justiz- und Polizeidepartements
verfasst von dem Redaktor des Entwurfes,

Dr. Walther Munzinger,
Professor in Bern.

BERN, 1865.
Stämpflische Buchdruckerei in Bern. (G. Hünerwadel.)

145 - Gg

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Motive

zu

dem Entwurfe

eines

schweizerischen Handelsrechtes.

Wenn der Redaktor des Entwurfes eines schweizerischen Handelsrechtes es unternimmt, die Grundsätze darzustellen, welche bei der Redaktion und bei der Berathung durch die bundesräthliche Kommission geleitet haben, so darf keine eingehende Motivirung der einzelnen Bestimmungen erwartet werden. Für eine Solche wird erst dann die Zeit da sein, wenn durch Conferenzberathungen der Kantonsabgeordneten ein definitiver Entwurf zu Stande gekommen sein wird. Für jetzt sollte es genügen, wenn sachverständige Juristen und Kaufleute durch Hindeutung auf die leitenden Gesichtspunkte zur Kritik der Arbeit herausgefordert und in derselben erleichtert werden. Hat eine möglichst allgemeine Kritik stattgefunden, — und wir wünschen nicht bloss Stimmen

des eigenen Landes, sondern auch solche aus den Nachbarländern zu vernehmen — dann wird die Berathung der Kantonsdelegirten eine wahrhaft erleuchtete und fruchtbare sein. Wir halten auch das Vorgehen des h. Bundesrathes, einen Entwurf ausarbeiten zu lassen, um dann erst mit Hinweisung auf denselben die Kantone zu Conferenzen einzuladen, durchaus für das angemessene. Das entgegengesetzte Verfahren bei Anbahnung des Konkordates für ein schweizerisches Wechselrecht hat bekanntlich wenig guten Erfolg gehabt. Die Kantonsregierungen werden sich eher zur Theilnahme an Conferenzen entschliessen, wenn sie klar sehen, um was es sich handelt, und diess ist bei dem Entwurfe eines Handelsrechtes um so wichtiger, als schon über Inhalt und Ausdehnung eines Handelsgesetzes so verschiedene Ansichten bestehen.

Es wird nun unsere erste Aufgabe sein, uns über die Grundlage auszusprechen, von der wir bei Umschreibung des Entwurfes ausgegangen sind.

Die Umschreibung des Entwurfes.

Die Gesetzgebungen unserer Zeit legen dem Handelsrecht den Begriff „Handelsgeschäft" zu Grunde; sie gehen aber bei Feststellung dieses Begriffes nicht bloss im Einzelnen weit auseinander, sondern schon von Anfang an von verschiedenen Gesichtspunkten aus. Thöl sagt: „Ein eigentliches Handelsgeschäft ist ein solcher Vertrag, der in Verbindung mit andern Verträgen das

Handelsgewerbe eines Kaufmanns bildet.« Ein Geschäft ist also nach diesem Systeme nicht an sich, nicht vereinzelt genommen ein Handelsgeschäft, sondern der Hauptbegriff ist derjenige des Kaufmanns und des Gewerbes. Weil Handelsmann, darum Handelsgeschäft. Man nennt dieses System das subjektive. Diesem steht das objektive System gegenüber, nach welchem ein Geschäft nach seiner innern Natur, ganz abgesehen von der Person, die es vornimmt, und abgesehen von einem Zusammenhange mit andern Geschäften, als Handelsgeschäft angesehen werden soll. Gewöhnlich erscheint aber dieses letztere System mit subjektiven Momenten gemischt [1]) und diess ist namentlich der Fall in dem Deutschen Handelsgesetzbuch.

Dieses Gesetzbuch hat durch Mischung von verschiedenen Gesichtspunkten versucht, alle diejenigen Geschäfte als Handelsgeschäfte zu umfassen, welche das praktische Leben als solche aufzufassen gewohnt ist, und es war für unsere eigene Wahl entscheidend, zu sehen, wie schwierig dieser Versuch geworden ist und zu welch' komplizirtem und schwankendem System derselbe geführt hat.

Der Art. 271 des D. H. G. B. führt vor Allem vier Klassen von Gesellschaften auf, die als Solche Handelsgeschäfte sind und darum absolute oder objektive Handelsgeschäfte genannt werden können. Dazu gehört namentlich „der Kauf von Waaren oder andern beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder andern für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräussern.« Es soll dabei

[1]) Siehe Dr. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 1, pag. 312 u. f.

keinen Unterschied machen, „ob die Waaren oder andern beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräussert werden sollen.“

Der Art. 272 sodann zählt fünf Klassen von Geschäften auf, welche nur dann Handelsgeschäfte sind, wenn sie gewerbemässig betrieben werden; sie tragen also zugleich objektive und subjektive Natur an sich. Dahin zählt das Gesetz die Bankiers-, Kommissions-, Speditions-, Fracht-, Mäckler- und Verlagsgeschäfte und noch insbesondere „die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Unternehmens über den Umfang des Handwerks hinausgeht.“

Die genannten fünf Klassen von Geschäften bilden aber auch noch eine dritte Abtheilung von Handelsgeschäften von überwiegend objektiver Natur und zwar dann, wenn jene Geschäfte „zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden.“

Eine vierte Abtheilung von Handelsgeschäften ist rein subjektiver Natur, indem nach Art. 273 „alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte anzusehen sind,“ und es soll also hier in keiner Weise darauf ankommen, was für ein Geschäft in Frage ist. Davon sind aber wieder ausgenommen „die Weiterveräusserungen, welche von Handwerkern vorgenommen werden, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen.“ Endlich gelten nach Art. 274 die von einem Kaufmann geschlossenen

Verträge im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig.

Das deutsche Gesetz kennt demnach rein objektive Handelsgeschäfte, subjektive Handelsgeschäfte mit objektiver Mischung, objektive mit subjektiven Elementen, rein subjektive und endlich präsumtive Handelsgeschäfte. Dazu kommen noch zum Ueberfluss einseitige und beidseitige Handelsgeschäfte.

Eine Hauptforderung an den Entwurf ist in unserem Lande mit seinen vielen Volksgerichten und bei dem oft gehörten Wunsche nach Handelsgerichten die Einfachheit. Ein Gesetz muss nicht bloss durch Richtigkeit eine feste Grundlage für die juristische Lehre abgeben, sondern ein wirkliches Eigenthum derjenigen Volksabtheilung, die es benützen soll, werden können. Wenn im alten Rom die Schulknaben das XII Tafelngesetz wie ein Gedicht auswendig konnten, so sollte in unserer heutigen volksthümlichen Republik doch so viel erreicht werden können, dass die Artikel eines Handelsgesetzes einem Handelsmanne nicht mehr Hieroglyphen sind, die er immer nur an der Hand des systemkundigen Juristen entziffern kann. Wir waren bei unserer ganzen Arbeit von der Ueberzeugung geleitet, dass ein Gesetz, das nicht im besten Sinne des Wortes populär und jedem klaren Kopfe zur festen Handhabe werden kann, ein todtgebornes Kind ist, und von diesem Gedanken ausgehend konnten wir die Grundlage des deutschen Gesetzes, die zum Theil auch diejenige des französischen Code de commerce ist, nicht zu der unsrigen machen.

Es liegt in der oben angeführten Klassifikation von Handelsgeschäften schon an und für sich kein einfaches Prinzip und damit hängt zusammen, dass die Bestimmung der einzelnen Handelsgeschäfte, welche in jene

Klassen gehören, eine höchst unsichere ist, die zu Zweifeln aller Art Anlass geben muss. Es ist nach den Vorgängen in Frankreich, vor dessen Gerichten unzählige Controversen über den Begriff „acte de commerce" entstanden sind, anzunehmen, dass das Gleiche auch in Deutschland der Fall sein wird und erst nach Langem einer gleichartigen Rechtsprechung gelingen wird, eine Rechtssicherheit in dieser Hauptfrage herbeizuführen. Einige Andeutungen mögen hier genügen.

Das vornehmste Handelsgeschäft ist der Kauf von Sachen u. s. w., „um dieselben wieder zu veräussern". Aber wann — so lautet gleich die Frage — ist diese Absicht wirklich vorhanden? Die Absicht ist etwas Innerliches, das für den Juristen nicht stets greifbar ist. Jene Absicht, „weiter zu veräussern", ist auch oft bei einem Kauf ohne handelsmännische Gewinnsabsicht vorhanden, und in solchen Fällen gar kein innerer Grund da, von einem Handelsgeschäft im Gegensatz zu einem Civilgeschäft zu sprechen. Ist es ein Handelsgeschäft, wenn ein Privatmann Eisenbahnpapiere kauft, um dieselben beim Steigen der Kurse wieder zu veräussern? Aber auch abgesehen davon — welcher Richter ist im Stande, bei solchen einzelnen Kaufgeschäften sicher zu erkennen, ob die Absicht weiter zu veräussern, wirklich vorhanden war oder aber nicht? Diese Betrachtung hat um so grössere praktische Bedeutung, als in unserem Zeitalter die persönlichen Schranken der Gewerbsthätigkeit gefallen sind: Bauer und Handwerker werden zu Fabrikanten und Kaufleuten und der Kapitalist begnügt sich nicht mehr mit einer sorgfältigen Anlage seiner Fonds, sondern wird zum Spekulanten.

Dieselbe Betrachtung verurtheilt auch als zu unsicher eine zweite Gränzscheide, die das deutsche Gesetz

zwischen Handelsgeschäft und Civilgeschäft aufstellt, indem es nämlich als Handelsgeschäft bezeichnet: „die gewerbmässige Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.“ Eine ökonomische Scheidung zwischen Handwerker und Fabrikanten ist schwierig, aber möglich. Welcher Jurist aber ist im Stande, die beiden Begriffe scharf und sicher so auseinander zu halten, dass sie auch nur in der Mehrzahl von streitigen Fällen zutreffen? Solche Unterscheidungen können ausreichen, wenn es sich uur darum handelt, zu bestimmen, wer ein Kaufmann ist, namentlich wenn hierbei die sichere Thatsache der Eintragung in das Handelsregister zu Hülfe genommen wird, wie diess in unserem Entwurfe der Fall ist. Dagegen ist es etwas viel Gewagteres, wenn auf solche vage Worte, wie „Handwerk“, „Fabrikation“, „Kauf, um weiter zu veräussern“ die Anwendbarkeit eines grossen Gesetzes in tausend einzelnen Fällen gestützt werden soll.

Handelt es sich endlich um subjektive Handelsgeschäfte oder solche, die es theilweise sind, so ist zum Begriff des Handelsgeschäftes erst noch erforderlich, dass dasselbe in einem gewerbsmässigen Betriebe vorgenommen worden sei. Die Kommission ist an sich kein Handelsgeschäft, sondern bloss die Kommission des Kommissionärs; nicht das Frachtgeschäft an sich, sondern bloss das Frachtgeschäft des gewerbsmässigen Frachtführers. Wo aber ist ein sicheres Kennzeichen für den gewerbsmässigen Betrieb? Und wenn z. B. ein Kommissionär ein einzelnes Frachtgeschäft übernimmt, wie soll der Richter mit Sicherheit wissen, ob es der Kommissionär im Betriebe seines Kommissionsgeschäftes vorgenommen habe?

Das Wenige genügt, um die Schwierigkeiten zu zeigen, mit welchen nach dem deutschen System die Praxis zu kämpfen haben wird, um nur erst zu wissen, ob ein „Handelsgeschäft" in Frage liegt, und ob also das Handelsgesetz oder aber das gemeine Civilgesetz zur Anwendung zu bringen, das Handelsgericht oder das Civilgericht kompetent ist. Also ein erster Prozess, um nur zu wissen, ob man einen zweiten anfangen kann. Mit einer solchen Grundlage bekäme der Kaufmann statt Brod einen Stein, um sich die Zähne daran auszubeissen. Der Kaufmann will nicht mehr und nicht feinere juridische Distinktionen, sondern festere Regeln und weniger Prozesse. Nun hat aber die französische Praxis schon gezeigt, dass der einzige Begriff von „acte de commerce" ein gefrässiges Prozessungeheuer ist; schlägt man ihm einen Kopf ab, so wachsen hunderte nach.

Diese Betrachtung führt uns auf die Frage, ob mit allen den gezeigten Schwierigkeiten, ob mit all' dem Aufwand juristischer Unterscheidung das Resultat, nämlich der Begriff „Handelsgeschäft" in einem entsprechenden Verhältniss der Wichtigkeit steht. Nicht nur muss aber diese Frage verneint werden, sondern wir bestreiten auch grundsätzlich die Berechtigung jenes Begriffes. Für unsere Auffassung ist der Kaufvertrag kein anderer, ob er vom Käufer mit der Absicht, selbst zu konsumiren, oder mit der Absicht, weiter zu veräussern, abgeschlossen wird. Im Abschluss dieses Vertrages selbst liegt durchaus nichts, was mit dem weitern Schicksale der gekauften Sache irgendwie zusammenhängt. Objektiv genommen kann es nicht verschiedene Arten von Kauf geben, und so verhält es sich auch mit der Kommission, dem Frachtvertrag, der Versicherung u. s. f. Der Kommissionsvertrag ist an sich kein anderer, ob er

im gewerbsmässigen Betrieb, also vor und nach andern Verträgen abgeschlossen worden ist, oder ob er einzeln dasteht. Viele einzelne Geschäfte machen zwar einen Gewerbsbetrieb aus und das ist allerdings ein juristischer Begriff. Allein darum ist der Inhalt des einzelnen Geschäfts als solcher kein anderer: er bleibt im Allgemeinen von dem subjektiven Begriff „Kaufmann" und „Gewerbsbetrieb" unberührt. Wir folgen hier der einfachen Natur der Sache, indem wir den objektiven Begriff von Handelsgeschäft auch theoretisch nicht als einen gesunden und innerlich berechtigten anerkennen.

Damit wollen wir freilich entfernt nicht alle spezifisch handelsrechtlichen Sätze läugnen. Was hölfe es? sie existiren. Allein überall, wo ein solcher Satz nicht künstlich gemacht, sondern natürlich geworden, ist er ein Ausfluss aus dem subjektiven Begriff von „Kaufmann". Der Kaufmann tritt mit der Aufgabe, zwischen dem Produzenten und dem Consumenten zu vermitteln, in die Oeffentlichkeit. Das kaufmännische Gewerbe ist ein öffentliches und es beruht seine Prosperität auf dem Vertrauen des Publikums zu der Redlichkeit und Geschäftskenntniss des Kaufmanns, auf dem Kredite. Dem Kaufmann werden von diesem Gesichtspunkte aus mit Recht und gerade zu seinem Vortheil höhere Pflichten und darum auch höhere Rechte zugeschrieben, und diess hat hier und da auch einen bestimmten Einfluss auf einzelne Bestimmungen objektiver Natur.

In dieser Richtung hat sich allerdings das Bedürfniss gezeigt, den kaufmännischen Lebenskreis, der aber für Jeden frei zugänglich ist, auszuscheiden, und darauf beruhen das erste, zweite und vierte Buch unseres Ent-

wurfes. Es ist aber weit über das richtige Ziel und Bedürfniss hinausgeschossen, wenn das deutsche Gesetz die Ausscheidung auch auf die Bestimmungen über die einzelnen Verträge überträgt. Daraus, dass dem Kaufmann die Pflicht einer bestimmten Firmaführung, die Pflicht der Bücherführung auferlegt, das Recht der Procuraertheilung mit gewissen weitgehenden Folgen ertheilt wird, dass ferner für alle kaufmännischen Vorkommnisse, mit denen der Kredit, der Schutz des Publikums zusammenhängt, ein System der Publizität mit civilrechtlichen Wirkungen aufgestellt wird, aus dem Allem folgt noch gar nicht, dass die Bestimmungen des Handelsgesetzes über die Kommission, den Frachtvertrag, die Versicherung u. s. w. nur auf gewerbsmässige Kommission u. s. w. eines Kaufmanns Anwendung finden sollen. Es besteht aber auch gar kein Bedürfniss hiefür; denn mit wenigen Ausnahmen passen die Bestimmungen des Gesetzes über die Kommission, den Frachtvertrag u. s. w. eben so gut bei einzelnen Geschäften, als bei einem Gewerbsbetrieb.

Aus den angeführten Gründen hat der schweizerische Entwurf den ebenso schwierigen, als ungenauen Begriff „Handelsgeschäft“ als Grundlage des Ganzen vollständig über Bord geworfen. Der Art. 204 lautet daher: „Die „Bestimmungen des dritten Buches (von Geschäften des „Mobiliarverkehrs) haben mit Ausnahme derjenigen Vor„schriften, welche sich ausdrücklich nur auf den Ver„kehr von Kaufleuten beziehen, allgemeine „Gültigkeit.“ Die Ausnahmen stehen vereinzelt da (Art. 209, 210, 220, 222, 225, 238—243, 249); sie beziehen sich hauptsächlich auf das Zinsmaximum, auf die Bestellung eines Faustpfandes durch einen Kaufmann

und auf das Retentionsrecht eines Solchen für seine Forderungen an einen andern Kaufmann. In diesen wenigen Fällen sind Gründe vorhanden, den Kaufmann, der Bücher führt, der auf einen hohen Gewinn spekulirt, dem Rechts- und Geschäftskenntniss, pünktliche Erfüllung seiner Verpflichtungen in einem höhern Maasse zuzumuthen sind, der aber auch schnelle Realisirung seiner eigenen Ansprüche dringender nöthig hat, als der Privatmann, ausnahmsweise zu behandeln.

Abgesehen von diesen Ausnahmen hat das dritte Buch allgemeine Gültigkeit und es hat damit der ganze Entwurf an Einfachheit und Durchsichtigkeit ausserordentlich gewonnen. Das ganze Buch, das eigentliche Centrum des Gesetzes, fügt sich nun in der einfachsten Weise in die bisherige Gesetzgebung. Es ist nun nichts Anderes, als ein Stück Obligationenrecht und zwar dasjenige Stück, das vornehmlich für den handelsmännischen Verkehr von Bedeutung und darum auch der Einheit zwischen den Kantonen am meisten bedürftig und fähig ist. Auch die neuen Gesetze schweizerischer Kantone, wie das Zürcherische und das Bündner Gesetz behandeln die handelsrechtlichen Verträge, wie Kommission, Spedition, Frachtvertrag u. s. w. als Theile des Obligationenrechts, ohne das Handelsgeschäft als solches von dem Civilgeschäft auszuscheiden.

Damit stimmt nun auch die Aufnahme des Wechselrechts in unsern Entwurf. Sowohl die deutsche, als die schweizerische Konkordats-Wechselordnung behandeln in Folge der allgemeinen Wechselfähigkeit den Wechsel als ein allgemeines Rechtsinstitut, ob er von einem Kaufmann oder im Handelsverkehr ausgestellt werde oder aber nicht. Alle neuen Wechselordnungen haben

die alte Sonderstellung aufgegeben und sind also Theile des allgemeinen Civilrechts. In derselben Weise nun behandelt unser Entwurf mit dem Wechsel auch alle übrigen sogenannten handelsrechtlichen Geschäfte. Der oft gehörte Vorwurf, es werde mit dem Handelsrecht ein privilegirtes Sonderrecht geschaffen, hat unserm Entwurf gegenüber auch nicht den mindesten Anhalt mehr. Unser drittes Buch ist ein Mobiliarverkehrsrecht und kein Handelsrecht im gewöhnlichen Sinne, und nur das erste und vierte, theilweise auch das zweite Buch rechtfertigen den Namen „Handelsrecht".

Dieses Resultat stimmt nun auch in der Hauptsache mit dem Wunsche überein, den Professor Goldschmidt in Heidelberg mit Bezug auf unsere schweizerischen Bestrebungen ausspricht: *) „Es ist anzuerkennen , dass nicht ein direkter Anschluss an das deutsche Handelsgesetz erstrebt wisd. Es ist unzweifelhaft, dass die Schweiz sowohl eines kürzeren Gesetzbuchs bedarf, sowie den mancherlei Experimenten unserer neusten Handelsgesetzgebung nicht ausgesetzt werden darf. . . . Wäre es möglich — was der Ausländer nicht zu beurtheilen vermag, — ein gemeinsames schweizerisches Verkehrsrecht (Mobiliar-Sachen und Obligationenrecht) zu schaffen, so würde sich dieser Weg freilich am meisten empfehlen, um dann auf solcher breiterer Grundlage die noch erforderlichen, den Handel allein betreffenden Spezialnormen aufzustellen."

Wir haben guten Grund, auf die Stimmen aus Deutschland, wo dieselben Fragen erst in den letzten Jahren diskutirt worden sind, aufmerksam zu hören und es hat

*) Dr. Goldschmidt, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 6. Band, pag. 352.

uns in unsern Auffassungen bestärkt, wie wir gesehen haben, dass die wissenschaftliche Welt mit der Lösung der Frage durch das deutsche Gesetz nur wenig befriedigt ist. So möchte auch Goldschmidt statt eines Handelsrechts ein Verkehrsrecht, und es sind in Deutschland bereits Schritte geschehen, um ein einheitliches Obligationenrecht zu schaffen. Das zeigt uns, dass wir mit unserm Entwurf jedenfalls nicht zu weit gegangen sind. Zwar ist es nöthig geworden, in die bestehenden kantonalen Civilgesetze einzugreifen; allein es wäre eine arge Täuschung, zu glauben, man könne etwas Neues, Segenbringendes schaffen, ohne Altes preiszugeben. Man kann nicht mit dem einen Auge muthig dreinschauen und mit dem andern Thränen vergiessen. Derjenige Kanton, der von seinem Civilrechte Nichts preisgeben will, mag nur von vorneherein darauf verzichten, mit unserm Entwurf zu gleicher Zeit Einheit und Fortschritt des Rechtes zu erobern. Eben so begründet ist aber bei einer solchen Schöpfung ein weises Maass und darin liegt der Grund, warum wir nicht daran denken durften, ein vollständiges Obligationenrecht vorzuschlagen.

Es entspricht unserm Volksgeiste, nur da am Bestehenden zu rütteln und namentlich nur da centralisiren, wo ein dringendes Bedürfniss danach ruft. Auch in politischen Dingen ist unser Volk nicht Freund von Experimenten und noch zäher sind die Wurzeln, mit denen es mit dem Rechtsboden verbunden ist. Der Gedanke eines einheitlichen Civilgesetzes für die ganze Schweiz oder wenigstens eines vollständigen Obligationenrechts hat zwar viel Treffliches an sich, zählt aber in unserm Lande noch viel mehr Gegner, als Freunde. Dagegen glauben wir daran, dass ein auf die wichtigsten Institute des Verkehrsrechtes beschränkter Entwurf bei

dem mächtigen Verkehrsaufschwung unsrer Zeit Aussicht auf Erfolg hat. Es liegt in den Sätzen des schweizerischen Entwurfs ein so entschiedener Schritt vorwärts zum Guten, zur Rechtssicherheit, zu Treu und Glauben, zur Bereicherung der Verkehrsformen, zur Erhöhung des Kredits, zum Rechte, „das mit uns geboren ist“, eine so wirksame Zerstörung der Paragraphen-Schlagbäume zwischen den verschiedenen Kantonen, dass fürwahr auch die Heisssporne, die ein einheitliches Civilgesetz wünschen, sich einstweilen zufrieden geben können. Andererseits sind wir aber auch mit möglicher Schonung der Civilgesetze vorwärts und nicht einer theoretischen Vollständigkeit zu lieb über das hinausgegangen, was das hellste Bedürfniss verlangt.

Das Resultat der Annahme des Entwurfs würde sein, dass ein Theil des Civilrechts den Kantonalgesetzen überlassen und also partikulär bleibt, während ein anderer Theil allgemein-schweizerischen Karakter erhält. Ist nun aber dieses Zerstückeln so gar unprinzipiell? Keineswegs. Wie das Leben, so das Recht. Nun aber gehört der eine Theil des Volkslebens mit seinen Wurzeln dem heimischen, engern Boden an; diese Wurzeln sind die konservative Anhänglichkeit zum heimathlichen Grund und Boden und zur Familie. Es ist das mehr individuelle Element, das in seiner Stabilität und Zähigkeit kräftig und wirksam ist, die wahre Quelle der Widerstandskraft und damit auch unserer Freiheit. Damit hangen das Personenrecht, das Familien- und Erbrecht, das Eherecht und die Rechte am Grundeigenthum zusammen und es entspricht desshalb auch der innern Natur dieser Rechtsverhältnisse, wenn sie in dem engern Kreise der Kantone oder Landschaften regulirt und allmählig aus sich heraus entwickelt werden.

Mit einem andern Theile unsers Wesens dagegen sind wir Cosmopoliten; es sind die Aeste des Baumes, mit denen er über die eigene Gränze hinausragt. Da geht unser Blick und unser Streben hinaus; wir gehören nicht mehr uns, sondern dem Ganzen an. Es handelt sich um den beweglichen Verkehr, um Handel und Wandel. Da darf nicht die angeborne Ueberzeugung, nicht das überlieferte Herkommen herrschend sein, sondern die freie Idee, bestimmt vom wechselnden Bedürfniss. Sowie das Leben in dieser Richtung keine Schranken mehr kennt, so soll auch das Recht vom engen Boden der Landschaft und des Kantons losgelöst werden und kann nur dann seine Aufgabe wahr und ganz erfüllen. In dieses universelle und zugleich bewegliche Gebiet gehören nun alle Institute, die der schweizerische Entwurf behandelt und es hat dieser nicht bloss die Aufgabe, den Verkehr der schweizerischen Bevölkerung unter sich durch Sicherung zu erleichtern, sondern auch das weit höhere Ziel, durch Annäherung an das Recht unserer Nachbarvölker auch diesen die Hand zu reichen und unsern Kredit zu erhöhen. Wir halten also dafür, es sei die Scheidung in kantonales Civilrecht und schweizerisches Handels- oder Verkehrsrecht, wie sie durch Annahme des Entwurfs in den Kantonen vollzogen würde, keine künstliche, sondern gesund, der Natur der Sache entsprechend. Sie ist innerlich von demselben Prinzip durchzogen, das unserm ganzen bundesstaatlichen, kantonalen und Gemeindeleben zu Grunde liegt.

Aus dem Gesagten wird auch die Eintheilung des Entwurfes klar.

Das erste Buch spricht vom Handelsstande im Allgemeinen, also auch mit von den Handelsgesellschaften; von diesen ist aber dann speziell im zweiten Buch die Rede. Diese zwei Bücher sind das handelsrechtliche Personenrecht und spezifisch kaufmännisch. Die vier ersten Titel des ersten Buches enthalten rein subjektiv den Begriff und Rechte und Pflichten des Kaufmanns, wozu die Lehren von dem Handelsregister, von der Firma, von dem kaufmännischen Gerichtsstande und von den Handelsbüchern gehören. Daran reihen sich als kaufmännische Hülfspersonen die Prokuristen sammt den Handelsbevollmächtigten und die Sensalen.

Auch das zweite Buch, das von den Handelsgesellschaften handelt, ist kaufmännischen Charakters und Personenrecht. Denn es ist auch hier nicht von kaufmännischen Geschäften die Rede, sondern von Begriff, Stellung und Organisation der gesellschaftlichen Einheit.

Das Kaufmännische liegt bei der Kollektivgesellschaft, bei der Kommanditgesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung in dem Betriebe gewisser Geschäfte.

Bei der Aktiengesellschaft dagegen und bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien liegt das Kaufmännische nicht in der Natur ihrer Geschäfte, sondern in der Form, wesshalb auch schon Art. 3 die Eintragung sämmtlicher Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien in das Handelsregister vorschreibt. Diese Gesellschaften haben eine im kaufmännischen Leben so eigenthümlich und zwar im Sinne der Oeffentlichkeit und Geschäftsmässigkeit ausgebildete Form,

dass hier mit Recht von der Natur des Geschäftsbetriebes abgesehen wird. Es bestehen nicht genügende Gründe, auch hier die Gesellschaften mit Handelsgewerb verschieden zu behandeln. Das Gesetz beschlägt zum grossen Theil die Organisation dieser Gesellschaften, also gerade die Form, für welche die Art der Gesellschaftsgeschäfte von geringer Bedeutung ist. Auch das bernische Gesetz über Aktiengesellschaften unterscheidet nicht zwischen Handels- und civilen Gesellschaften. Wir freuten uns, dieselbe Anschauung auch in dem neuen Genfer-Entwurf des Herrn Advokat Martin (1864) über die Sociétés anonymes libres (à responsabilité limitée) zu finden, dessen Art. 1 von den Sociétés civiles et commerciales spricht. Das Gleiche gilt von den englischen Gesetzen, und endlich ging auch in Frankreich wenigstens der Antrag des Ausschusses des gesetzgebenden Körpers dahin, das nun bestehende Gesetz vom 23. Mai 1863 auch auf civile Gesellschaften anzuwenden.

Wir haben dieses System um so bereitwilliger adoptirt, als sonst die Kantone gezwungen gewesen wären, noch ein besonderes Gesetz zu erlassen über nicht handelsgewerbliche Aktien- und Kommanditgesellschaften auf Aktien.

Das dritte Buch ist das Obligationenrecht des Entwurfes und hat nur ausnahmsweise ausschliesslich kaufmännischen Charakter. Der erste Titel enthält eine Reihe allgemeiner verkehrsrechtlicher Bestimmungen, die eben so viele Fortschritte von grosser Wichtigkeit enthalten und deren Verbreitung über das schweizerische Gebiet schon für sich allein den Entwurf rechtfertigt. Die ferneren Titel dieses Buches behandeln der Reihe nach in allgemein civilrechtlicher Weise den Kauf, die

Kommission, den Frachtvertrag, die Versicherung, den Wechsel, die Anweisung und endlich die Warrants.

Das vierte Buch handelt vom kaufmännischen Konkurse. Es ist also im Zusammenhang mit den beiden ersten Büchern und spezifisch handelsrechtlichen Charakters. Es ist nun hier die Frage zu beantworten, ob es gerechtfertigt ist, den kaufmännischen Konkurs von dem Konkurs eines Nichtkaufmanns zu trennen und in den Entwurf aufzunehmen.

Wir haben in unserm Gutachten an das Tit. eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement über die Frage eines schweizerischen Handelsgesetzes (Bern 1862) noch Bedenken getragen, den kaufmännischen Konkurs in den Entwurf aufzunehmen; wir haben aber unsere Motive ausdrücklich nur als Motive der praktischen Möglichkeit bezeichnet und wollten auch schon damals einzelne tiefeingreifende materielle Konkursbestimmungen zulassen. Es haben nun seither gewichtige Stimmen sowohl im Schoosse der bundesräthlichen Kommission selbst, als ausserhalb derselben[1]) hervorgehoben, dass die französische Schweiz gerade das Hauptgewicht auf die Aufnahme von Konkursbestimmungen lege, und in Würdigung dieser Wünsche enthält nun das vierte Buch ein materielles kaufmännisches Konkursrecht.

Fast alle Konkursgesetze der neuern Zeit zeichnen den kaufmännischen Konkurs vor dem gemeinen Konkurs aus und namentlich gilt diess von der als vortrefflich anerkannten Konkurs-Ordnung für die preussischen Staaten vom 8. Mai 1855, in welcher die §§ 113 bis 318,

[1]) Considérations sur la proposition d'un Code de commerce suisse par *Simon Delapalud*, docteur en droit. Genève, Joël Cherbuliez, 1863.

d. i. nahezu die Hälfte, ausschliesslich den kaufmännischen Konkurs beschlagen. Es kann auch nicht geläugnet werden, dass der Fallimentszustand eines Kaufmanns nach handelsmännischer Anschauung in verschiedenen Richtungen Ausgezeichnetes darbietet, das einer speziellen Legislation bedarf.

Während für den Konkurs oder den Geldstag des Nichtkaufmanns in der Regel die Unzulänglichkeit des Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger hergestellt sein muss, so ist dagegen für den Fallimentszustand einzig das Faktum der Einstellung der Zahlungen entscheidend. Das ist nun auch kein willkürlicher Satz, sondern hängt mit dem Charakter des kaufmännischen Gewerbes auf das engste zusammen. Das Vermögen des Kaufmanns ist in Folge der Handelskonjunkturen und vieler anderer Umstände einer beständigen Veränderung unterworfen. Die Frage, ob das Vermögen zur Deckung der Schulden hinreiche, ist bei dem ewigen Wechsel sowohl in den Waaren selbst, als im Werth derselben, sehr schwer zu beantworten, und ist die Rechnung einmal beendigt, so ist das Resultat nicht mehr richtig. Endlich wäre es auch oft ganz unrichtig und verderblich, über einen Kaufmann darum den Konkurs zu verhängen, weil dessen Schulden in einem bestimmten Zeitpunkte das Vermögen übersteigen. Denn bei dem steten Wechsel darf der einzelne Zeitpunkt für die Zukunft nicht durchaus massgebend sein, sondern die Zukunft ist repräsentirt durch das, was man den Kredit des Kaufmanns nennt. Also der Kredit muss entscheidend sein und dieser besteht so lange, bis der Kaufmann zur Einstellung seiner Zahlungen genöthigt ist. Ist diese erfolgt, so ist die Konkurseröffnung eine Nothwendigkeit und selbst dann, wenn die Aktiven die Pas-

siven noch übersteigen sollten. So lange dagegen der Kaufmann, wenn er auch unter seinen Sachen steht, im Stande ist, mit Zuhülfenahme seines Kredits seine Zahlungen zu leisten, ist eine Einmischung in seine Geschäfte der kaufmännischen Anschauung zuwider.

In derselben Weise hangen auch andere Bestimmungen über den kaufmännischen Konkurs mit der Eigenthümlichkeit des kaufmännischen Gewerbes zusammen. Der Kaufmann steht nicht nur mit seiner nächsten Umgebung, sondern auch mit entfernt wohnenden Kaufleuten und Privaten im Geschäftsverkehr. Es ist darum für den kaufmännischen Kredit eines Landes von ausserordentlicher Wichtigkeit, dass durch eine weitgehende Publizität aller Konkursverhandlungen dem fernstehenden Gläubiger die Geltendmachung seiner Ansprüche ermöglicht werde. Die Klage ist unter den Kaufleuten eine allgemeine, dass der entfernt wohnende Gläubiger im Konkurse des Schuldners gewöhnlich geprellt sei und in der That ist es bei dem jetzigen Zustande der Gesetzgebung dem Gläubiger, der in der Nähe des Schuldners ist und das Gewitter heraufziehen sieht, leicht, durch Scheinkäufe, Cessionen, Pfandverschreibung, Ausstellung von bevorrechtigten Titeln u. s. f. die durch das Gesetz proklamirte Gleichheit der Konkursgläubiger illusorisch zu machen. Um der bedrohten Interessen der zahlreichen ausserkantonalen Gläubiger willen ist es bei dem kaufmännischen Konkurse doppelt nöthig, dass alle wichtigen Erlasse und vor Allem die Konkurseröffnung selbst in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden, dass ferner das Datum der Zahlungseinstellung vom Gericht auf einen frühern Zeitpunkt, als den der Konkurseröffnung gesetzt werden darf, und im Zusammenhange damit ein festes, durchgreifendes System

der Anfechtung von Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner die Gläubigerrechte gefährdet hat, aufgestellt wird. Das Alles hat für den Konkurs des Kaufmanns eine enorme Bedeutung, weil bei der Raschheit kaufmännischer Geschäfte und bei der Grösse des in den Händen des Kaufmanns sich befindlichen beweglichen Vermögens mit Leichtigkeit der ganze Vermögensstand von einem Tage auf den andern verändert werden kann. Die Gefahr ist hier in der Regel viel grösser, als bei dem gemeinen Konkurs, weil viel zu gewinnen und also auch die Versuchung grösser ist.

Ebenso haben die vielerlei Vorzugsrechte bei Vertheilung der Konkursmasse besonders bei dem kaufmännischen Konkurse eine krediterschütternde Wirkung, weil jeder nur einigermassen bedeutende Handel über die Gränzen des Kantons hinausgeht. So ist es eine dringende gesetzgeberische Aufgabe geworden, dem Kredit in dieser Richtung zu Hülfe zu eilen. Es genügt dafür durchaus nicht, die allmälige Revision der kantonalen Gesetze anzustreben, sondern es müssen, wenn das schwindende Vertrauen wieder befestigt werden soll, überall zu gleicher Zeit die verderblichsten Auswüchse weggeschnitten werden. Schmerzt es auch, so ist es doch das Beste; denn alle jene Privilegien sind ungesund und greifen unser Kreditwesen bei der Wurzel an. Die wenigen einschneidenden Bestimmungen, welche der Entwurf (Art. 484 bis 487) vorschlägt, auf einen grossen Theil der Schweiz ausgedehnt, könnten Bedeutendes ausrichten. Dabei ist die Rechtseinheit an sich ein schwer wiegendes Moment; denn das Vertrauen auf den Sieg seines guten Rechts ist nur möglich bei der Kenntniss desselben; diese aber ist hinwieder bei der Existenz von 25 Kantonalrechten selbst für den Juristen und um so viel

mehr für den Kaufmann eine praktische Unmöglichkeit. Alles dieses gilt zwar auch für den gemeinen Konkurs, aber nach den oben angeführten Gründen bei weitem nicht in so hohem Maasse, wie für den Konkurs des verkehrsvermittelnden Kaufmanns.

Wir erinnern endlich noch an das Institut des Akkomodements oder Nachlassvertrages im kaufmännischen Konkurse. Auch hier handelt es sich um ein Institut von vornehmlich kaufmännischem Karakter. Es hängt einerseits zusammen mit der Thatsache, dass der Konkurs des Kaufmanns sehr oft die Folge unglücklicher Zeitverhältnisse, nur ein Ring in der Kette einer Anzahl von vorausgegangenen Fallimenten und daher unverschuldet ist, und anderseits spielt hier das Gefühl kaufmännischer Solidarität oder doch eines kollegialischen Verhältnisses mit, verbunden mit dem praktischen Gedanken, dass es vortheilhafter ist, dem Konkursiten die Hand zu reichen, mit deren Hülfe er sich wieder aufraffen kann, als denselben aller Hoffnung und aller Mittel zu berauben.

Wir halten dafür, es liege in dem Gesagten eine genügende Rechtfertigung für die Aufnahme des vierten Buches über den kaufmännischen Konkurs in unsern Entwurf. Ueber die Gränze dagegen, innert welcher wir unsere Konkursbestimmungen gehalten haben, werden wir uns erst bei Behandlung des vierten Buches selbst auszusprechen haben.

Das fünfte Buch normirt die Kassation und Urtheilsfällung durch das Bundesgericht. Diese Kassationsbefugniss und demzufolge auch die Urtheilsfällung beziehen sich auf diejenigen letztinstanzlichen Urtheile der Kantonsgerichte, welche auf einer unrichtigen Auslegung des Handelsgesetzes beruhen. Es handelt sich denn auch nicht um eine kaufmännische Gerichtsbarkeit, son-

dern es kann sich diese, soweit Bestimmungen des Entwurfes in Frage stehen, auch auf Nichtkaufleute und auf Geschäfte, die dem Handelsverkehr nicht angehören, beziehen. Es ist mit Einem Worte das fünfte Buch der einheitliche Schutz, den wir den Bestimmungen der vorhergehenden Bücher angedeihen lassen wollen.

Von dem Handelsstande.

Von dem Kaufmann und dem Handelsregister.

An der Spitze des ersten Buches steht geschrieben, wer als Kaufmann im Sinne des Gesetzes anzusehen ist; die Begriffsbestimmung ist zum Theil eine rein äusserliche, theils eine innere (Art. 2 u. f.).

Als Kaufmann ist vor Allem anzusehen ein Jeder, der als Solcher im Handelsregister steht, wobei es also gar nicht darauf ankommen soll, ob er wirklich in's Handelsregister hinein gehört. Das einzige Faktum der Eintragung in das Handelsregister soll entscheidend sein und überhebt den Richter jeder weitern Untersuchung.

Es ist klar, dass mit diesem rein äusserlichen Kriterium sehr viel gewonnen ist für die Sicherheit des Rechts. Der Kaufmann, der Kredit schenkt oder Geschäftsverbindungen anknüpft, kann sich mit einem Blick in das offizielle Handelsregister darüber unterrichten, ob er es mit einem Kaufmann zu thun hat oder nicht. Es wird sich daraus praktisch als natürliche Folge ergeben, dass die Kaufleute nur mit Einregistrirten zu thun haben wollen und also ein jeder Kaufmann, der Kredit geniessen will, sich in's Register eintragen lässt, ohne dass zur Erzwingung der Eintragung die odiosen Ordnungsstrafen angewendet zu werden brauchen. Der Gesetz-

geber hat nicht nöthig, dem Kaufmann da, wo dessen Interesse in Frage ist, den Weg zu zeigen; der Kaufmann kennt ihn in der Regel besser.

Mit unserm System wird weitaus die grösste Zahl der Streitfragen, welche vor französischen und deutschen Gerichten fast täglich über den Begriff „Kaufmann" erörtert werden, wegfallen. Es wird niemals gelingen, den Begriff „Kaufmann" durch Gesetzesworte fest zu bestimmen, da er seiner innersten Natur nach schwankend ist, und darum ist es auch kein Verstoss gegen die materielle Wahrheit, wenn ein äusseres formelles Kriterium aufgestellt wird. Allerdings wird das Handelsregister nur in der Schweiz verbreitet und gekannt sein; allein auch der auswärtige Kaufmann, der in unserm Lande Geschäftsverbindungen anknüpfen will, wird ganz leicht durch seinen schweizerischen Geschäftsfreund im Handelsregister nachschlagen lassen können, ob der Betreffende eingetragen steht, während er nach dem System des deutschen Gesetzes das Gutachten eines Juristen befragen muss und auch dann seiner Sache noch nicht gewiss ist.

Wenn unser Entwurf nach dem Gesagten Jeden, der in's Handelsregister eingetragen ist, als Kaufmann behandelt, so geschieht, auch wenn diese Eintragung materiell nicht richtig sein sollte, weder dem Eingetragenen selbst ein Unrecht, da er sich zur Eintragung selbst gemeldet hat, noch auch dritten Personen. Davon unabhängig aber ist die Frage, ob nicht der Richter auch denjenigen als Kaufmann ansehen soll, der zwar zur Eintragung verpflichtet ist, dieselbe aber unterlassen hat? Soll sich ein Kaufmann, der entweder nachlässig gewesen ist, oder es gar vorzieht, sich der Oeffentlichkeit der Eintragung zu entziehen und im

Trüben zu fischen, ausser das Gesetz stellen können? Soll es von seiner Willkühr abhangen, dem Handelsgesetz mit seinen höhern Anforderungen an den Kaufmann zu entwischen? Solche Fälle würden zwar nach unserer Ueberzeugung nicht häufig vorkommen, dürften aber genügen, das Ansehen und die Kraft des Gesetzes zu schwächen. Wenn z. B. ein zur Eintragung Verpflichteter, der aber nicht einregistrirt ist, eine Prokura ausstellt, so muss auch hier der wichtige Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Prokura (Art. 29) seine Anwendung finden, und es darf sich der Prinzipal auf die Beschränkungen seiner Prokuraertheilung dritten Personen gegenüber nicht berufen. Ebenso muss, wenn die Kollectivgesellschafter die Gesellschaft nicht pflichtgemäss einregistriren lassen, dieselbe gleichwohl als Handelsgesellschaft und als „Kaufmann" angesehen werden. Wenn also während der Dauer der Societät ein Gesellschafter seinen Austritt nimmt, so gelten auch hier die Bestimmungen der Art. 8 und 10 über die Eintragung der Veränderungen, so dass bei Unterlassung der Eintragung die Gesellschaft den Austritt des Gesellschafters einem Dritten nur insofern entgegensetzen kann, als sie beweist, dass dieser Austritt dem Dritten bekannt war. Derselbe Grundsatz muss endlich auch da gelten, wo es sich um die Führung der Bücher oder um den Konkurs handelt. Es wird Jedermann damit einverstanden sein, dass der Eintritt des kaufmännischen Konkurses nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob der kaufmännische Gemeinschuldner die Pflicht der Eintragung in das Register erfüllt hat. Der Entwurf erklärt daher auch Den als Kaufmann, der zur Eintragung in das Register auch nur verpflichtet ist.

Die nächste Aufgabe, welche der Entwurf zu lösen hatte, bestand dann in der Bestimmung derjenigen Gewerbetreibenden, welche zur Eintragung verpflichtet sind. Die Lösung dieser Aufgabe kann nach den schon gemachten Andeutungen immer nur eine unvollkommene sein und namentlich ist eine Lösung, die heute vortrefflich und umfassend, schon morgen unwahr und ungenügend. Zur Zeit des preussischen Landrechts mochte noch die Definition: „Wer den Handel mit Waaren und Wechseln als sein Hauptgeschäft betreibt, wird ein Kaufmann genannt" erschöpfend sein; nach der heutigen kaufmännischen Auffassung, die auch den Kommissionär, Frachtführer, den Versicherer, den Sensalen, den Verleger und besonders auch den Fabrikanten als „Kaufmann" ansieht, ist es jene Definition durchaus nicht mehr.

Nach dem neuen deutschen Handelsgesetz sind als Kaufleute anzusehen die für den Transport von Personen bestimmten Anstalten. Von der Beförderung von Nachrichten ist dabei noch nicht die Rede, obschon die heutige Auffassung gewiss nicht nur eine Droschkenanstalt, sondern auch ein Dienstmännerbüreau sowie eine Briefpost- und Telegraphenanstalt in den dehnbaren Begriff eines „Kaufmann" einreiht. Es ist desshalb nach unserm Entwurf (Art. 2, Ziff. 6) zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet „wer in umfassender Weise die Beförderung von Personen, Sachen, Nachrichten u. s. w. betreibt." Mit Absicht ist gerade dieser Passus unbestimmt weit gefasst, weil auch die Zukunft wieder Neues bringen kann.

Damit hängt auch unsere Bestimmung in Art. 4 zusammen, nach welcher den Kantonalgesetzen freigestellt

ist, die Pflicht zur Eintragung in das Register und damit den Begriff „Kaufmann“ noch weiter auszudehnen. Jeder Kanton ist dadurch in den Stand gesetzt, seine Eigenthümlichkeiten und ebenso die jeweilen neu zu Tage tretenden Erscheinungen genauer zu berücksichtigen, als diess in einem gemeinsamen Entwurfe möglich ist. In der Hauptsache soll das gemeinsame Gesetz zusammenhalten; für partikulare Bedürfnisse aber das kantonale Recht nicht von vorne herein lahm gelegt sein. Es könnte die Befürchtung entstehen, es werde durch dieses System, das einer freien Entwicklung Raum gestattet, die Wohlthat der Rechtseinheit wieder gefährdet. Allein auch diese Befürchtung hat praktisch nur sehr wenig auf sich; denn der weitaus wichtigste Satz ist immerhin der, dass jeder im Handelsregister Eingetragene ein „Kaufmann“ ist und dieser das Ganze beherrschende Satz ist sowohl einheitlich, als unveränderlich.

Endlich erinnern wir zur Beruhigung derjenigen, die in der Aufzählung des Entwurfes von Registerpflichtigen noch manches Zweifelhafte erblicken, daran, dass die Zweifel, die sich über die in Art. 2 angeführten Handelsgewerbe und ihre Ausdehnung erheben möchten, nach dem System unseres Entwurfes nicht entfernt die grosse Bedeutung haben, welche denselben nach andern Handelsgesetzen zukömmt. Denn die Aufzählung von Handelsgewerben im Art. 2 ist nicht da, um den Begriff von „Handelsgeschäft“ zu bestimmen, der ja in dem schweizerischen Entwurf gar nicht existirt, sondern dient nur zur Bestimmung des Begriffes von „Kaufmann“ und ist auch darin noch kräftig unterstützt durch das Handelsregister.

Bezüglich der Frage, welche einzelne Klassen von Gewerbtreibenden zu den Kaufleuten gezählt werden sollen, sind wir zu einem grossen Theil in Uebereinstimmung mit andern Handelsgesetzen. Wo aber diese mit der gewöhnlichen kaufmännischen Auffassung nicht übereinstimmen, glaubten wir der letztern folgen zu sollen. In diesem Sinne betrachten wir laut Ziff. 1 des Art. 2 den Handwerker, der kauft, um nach einer Verarbeitung oder Bearbeitung weiter zu veräussern, nicht als einen Kaufmann, während es nach Art. 271 D. H. G. keinen Unterschied macht, ob in Natur veräussert werden soll oder aber nicht. Auch der gewöhnliche Sprachgebrauch unterscheidet den Handwerker vom Kaufmann; den Metzger, den Schneider, den Bäcker, den Spengler, den Schuster u. s. f. nennt Niemand einen Kaufmann. Es ist auch gar nicht abzusehen, warum dieselben der Bestimmungen über die Handelsbücher, die Prokura, den kaufmännischen Gerichtsstand, den Konkurs u. s. w. theilhaftig werden sollten, da die Art ihres Geschäftsbetriebs in der Regel keinen handelsmännischen Charakter an sich hat, während diess dagegen bei den Fabrikanten der Fall ist.

Umgekehrt rechnen wir denjenigen, der kauft oder miethet, um wieder zu vermiethen, zu den Kaufleuten, während diess das deutsche Gesetz nicht thut und stimmen hier mit den meisten neuern Handelsgesetzen und wohl auch mit der gewöhnlichen Auffassung des Lebens überein.

Das Handelsregister spielt in unserm Entwurf und zwar namentlich in dem kaufmännischen Theile desselben eine sehr bedeutende Rolle. Was das Grund- und Hypothekenbuch für den Immobiliarverkehr und Kredit, das ist das Handelsregister für den beweglichen Verkehr. Sowie heutzutage die Oeffentlichkeit als die einzig gesunde Grundlage des Hypothekenrechts anerkannt wird, so dringt dieses selbe Prinzip nach und nach auch in das Rechtssystem des handelsmännischen Verkehrs. Dies beweist ein kurzer Blick auf diejenigen Länder, welche in der neuern Zeit Fortschritte in der Handelsgesetzgebung gemacht haben.

In Frankreich hat das Gesetz vom 31. März 1833 die Einregistrirung der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften und die Publikation von Vertragsauszügen in öffentlichen Blättern vorgeschrieben und das Gesetz vom 23. Mai 1863: sur les sociétés à responsabilité limitée verlangt in Art. 9 dasselbe auch für diese Gesellschaften.

In Deutschland hat das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch ein weitgehendes System der Publizität durch ein Handelsregister adoptirt.

In England beruht die ganze Gesetzgebung über das Gesellschaftswesen, besonders die neueste Gesellschafts-Akte vom 7. August 1862 auf der Registrirung und der durch dieselbe gewonnenen Publizität. Ebenso finden wir das System der Registrirung und Veröffentlichung in den Gesetzbüchern von Holland (Art. 23) und Spanien (Art. 22 u. ff.).

Endlich hat sich das System der Ragionenbücher auch in mehreren Kantonen der Schweiz schon seit

Jahrzehnten heimisch gemacht, so in Zürich, Luzern, Baselstadt, Schaffhausen, St. Gallen. (Vergl. unser schon erwähntes Gutachten.)

Es ist naheliegend, dass die obligatorische Eintragung und Veröffentlichung der wichtigsten Thatsachen aus dem Leben einer Firma auf den Kredit dieser letztern einen wohlthätigen Einfluss ausüben muss. Die alten Kaufmannsgilden sind nicht mehr da. Mit ihnen sind die Fesseln freier Handelsthätigkeit gebrochen; aber mit ihnen ist auch die vielfach heilsame korporative Ueberwachung von Treu und Glauben, der Schutz tüchtiger Gesinnung durch den Corpsgeist untergegangen. Was ist an die Stelle getreten? die Individualität und ihre Schrankenlosigkeit. Wo liegt aber nun hier der Wächter jener Gesinnung? In der Oeffentlichkeit. Wir werden unten sehen, wie auch bei dem Gesellschaftswesen und besonders bei den Aktiengesellschaften unsere Zeit auf Freiheit, auf die Emanzipation von der Staatsgewalt hindrängt, und was ist auch da der Hauptmoderator? Nichts anderes, denn die Oeffentlichkeit, — Oeffentlichkeit der Statuten, der Rechnungen, der Jahresberichte. Demselben Zuge des modernen Geistes folgend erklären wir uns für die Freiheit in der Firmawahl und fürchten uns nicht vor dem Ueberborden der Freiheit, weil auch hier das Licht der Oeffentlichkeit jede Ueberschreitung gefahrlos macht.

Das wirksamste Instrument der Oeffentlichkeit ist nun aber ein offizielles Handelsregister. Aus dem Handelsregister kennt der Kaufmann jede Firma, die Firmaunterschrift, die Procura, die Unterschrift des Prokuristen, die Einschränkung einer registrirten Handelsvollmacht, die Firma der Handelsgesellschaften, die Mitglieder derselben, ihre Geschäftsführer, ihre Auflösung,

die Statuten einer Aktiengesellschaft, die theilweise und totale Rückzahlung von Aktienkapital, die Eröffnung jedes kaufmännischen Konkurses, den Tag der Zahlungseinstellung, die Frist zur Anmeldung der Forderungen, den Termin zur Verhandlung und Beschlussfassung über den Nachlassvertrag.

Aus dem Gesagten erhellt die Wichtigkeit des Handelsregisters. Allein es ist die praktische Wirksamkeit dieses ausgedehnten Systems der Publizität insbesondere von zwei Dingen abhängig, nämlich von der Art und Weise der Veröffentlichung der Registereintragungen und von den civilrechtlichen Wirkungen, die mit der Nichteintragung verbunden sind.

Was die Art und Weise der Veröffentlichung betrifft, so ist vor Allem der Grundsatz wichtig, dass eine Eintragung in das Register juristisch gar nicht existirt, so lange sie nicht publizirt ist und durch die Publikation dem betreffenden Dritten zur Kenntniss gelangt sein kann. Darauf kömmt es allerdings nicht an, ob der Dritte wirklich Kenntniss genommen hat, wohl aber darauf, ob das Publikationsblatt durch die gewöhnlichen Verbindungswege bis zu dem Dritten gelangt sein kann. Die Publikation selbst aber soll nach Art. 6 durch ein gemeinsames offizielles Organ geschehen. Nach dem deutschen Gesetz geschieht die Publikation durch Anzeige in öffentlichen Blättern, welche wieder jedes einzelne Handelsgericht für sich alljährlich als solche bezeichnet. Es kann nun nicht geläugnet werden, dass eine so zerstückelte Publikation die an sich vortrefflichen Wirkungen des Systems ausserordentlich schwächt und in tausend Fällen fast gänzlich aufhebt. Welcher Kaufmann sollte im Stande sein, diese zahlreichen öffentlichen Blätter alle

zu halten und zu durchgehen? Es wird darum sehr oft die gesetzliche Präsumtion von der Kenntniss der Registereintragungen ganz ungerechtfertigt sein.

Der schweizerische Entwurf schlägt daher für die Publikation ein Centralorgan vor und wir erachten diess als eine wahre Lebensfrage für das ganze System des Handelsregisters. Die Eintragung in das Register selbst soll durch eine kantonale Behörde geschehen. Es bleibt auch den Kantonen vollständig überlassen, die Führung des Registers, das ein kantonales ist, aber auch wieder in Bezirksregister zerfallen kann, zu organisiren; es wird die Eintragung in dem einen Kanton durch eine administrative, in einem andern durch eine gerichtliche Behörde vorgenommen werden. Die Publikation dagegen soll durch Ein und dasselbe Organ, durch eine Art von Handels-Amtsblatt geschehen, welches ausschliesslich dafür bestimmt ist und einen offiziellen Karakter trägt. Ueber die Schaffung eines solchen Organs spricht sich der Entwurf natürlich nicht aus; es ist diess Sache von ausführenden Bestimmungen zwischen den konkordirenden Kantonen. Allein es wurde von der Kommission als sehr wünschenswerth angesehen, dass die Sache in die sichere Hand der Bundesgewalt gelegt werde. Es wäre damit zugleich auch ein Faden geknüpft, durch welchen das Werk einer schweizerischen Handelsgesetzgebung mit dem Ansehen des Bundes verbunden wird und dadurch selbst an Autorität gewinnt, ohne dass der Bundesverfassung irgendwie zu nahe getreten wird.

Was nun das Centralorgan anbetrifft, so ist klar, wie ausnehmend günstig ein solches auf den inner-

schweizerischen Handelsverkehr einwirken muss. Die Kaufleute der verschiedenen Theile der Schweiz treten sich näher. Das Gefühl des Basler- und Genfer-Kaufmanns, bei Geschäften in die innere Schweiz einen ganz fremden, rechtlich sehr unsichern Boden zu betreten, schwindet. Das Vertrauen gewinnt, weil man seinen Geschäftsgegner in allen seinen wichtigsten äussern Verhältnissen kennt und weil Nichts Wichtiges vorgehen kann, ohne dass man in bestimmter Weise davon unterrichtet wird. Diese günstigen Folgen würden, wenn die Publikation der Eintragungen den einzelnen Kantonen überlassen bliebe, nur in sehr geschmälerter Weise auftreten. Aber auch im Auslande muss die Schweiz durch ein solches Central-organ an Kredit gewinnen. Ein schweizerisches Handels-Amtsblatt wird sich auch im Comptoir des deutschen oder französischen Kaufmanns finden, während eine Publikation durch einzelne kantonale Blätter für das Ausland gar nicht existirt.

Von eben solcher Wichtigkeit, wie die Frage der Publikation, ist für die Wirksamkeit des Handelsregisters die Frage der civilrechtlichen Wirkungen, die mit der Nichteintragung verbunden sind. In welcher Weise sorgt der schweizerische Entwurf dafür, dass die vorgeschriebenen Eintragungen auch wirklich vorgenommen werden? Wir haben bereits gesehen, dass es der Kaufmann nicht in seiner Macht hat, durch Nichteintragung in das Register sich den ihm widerstrebenden Pflichten zu entziehen; denn das Gesetz betrachtet Jeden als Kaufmann, der zur Eintragung auch nur verpflichtet ist. Der Kaufmann erreicht also Nichts mit der Nichteintragung, während er offenbar ein mächtiges Interesse daran hat, durch Eintragung seiner Firma sich Kredit zu verschaffen. Er gewinnt also auf der einen Seite Nichts

und auf der andern Seite gewinnt er sehr viel durch Eintragung und dieses Rechnungsexempel ist für den Kaufmann so leicht, dass der Gesetzgeber nicht nöthig hat, zu Hülfe zu kommen. Es hat desshalb der schweizerische Entwurf von Ordnungsstrafen zur Erzwingung der geetzlichen Eintragungen, wie sie das deutsche Gesetz aufstellt, vollständig Umgang genommen. Ordnungsstrafen werden immer als eine hässliche Plackerei angesehen. Sie passen auch nicht in ein Civilgesetz, sondern in ein administratives Reglement und haben nicht einmal den gewünschten Erfolg; denn auch sie garantiren nicht dafür, dass wirklich Alles eingetragen ist. Gründe genug, um unser Gesetz davon rein zu halten. Dasselbe spricht daher eine direkte Sanktion für die Pflicht der Eintragung nur da aus, wo es durch Androhung civilrechtlicher Folgen geschehen kann, wie diess namentlich in den Art. 103, 104, 117, 174 geschehen ist. Indirekt dagegen befestigt der Entwurf sein System der Eintragung dadurch, dass er jede Veränderung einer Thatsache, deren Eintragung stattgefunden hat oder hätte stattfinden sollen, einzutragen befiehlt.

Dabei entstehen nun aber zwei Fragen: Welches ist die rechtliche Folge, wenn die Eintragung einer solchen Veränderung unterlassen worden ist? Welches ist die Folge, wenn die Eintragung der Veränderung vorgenommen worden ist? Die erste Frage beantworten wir in Uebereinstimmung mit dem deutschen Gesetz (Art. 25, 2. Satz) dahin, dass die Veränderung einem Dritten gegenüber als nicht eingetragen gilt, es sei denn, der Dritte habe sie bewiesenermaassen ohnediess gekannt (Art. 10).

Zweifelhafter aber ist die zweite Frage nach der Folge, welche eintritt, wenn die Veränderung eingetragen worden

ist. Das deutsche Gesetz bestimmt in Art. 25, 3. Satz: „Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so „muss ein Dritter die Aenderung oder das Erlöschen „gegen sich gelten lassen, sofern nicht die Umstände die „Annahme begründen, dass er diese Thatsache weder „gekannt habe, noch habe kennen müssen." Wir glauben mit dem Berichterstatter über das deutsche Handelsgesetz im preussischen Abgeordnetenhause, es sei hier nicht das „Müssen" im Sinne eines realen Causalitätsverhältnisses, sondern das „Müssen" im moralischen Sinne, im Sinne einer Verpflichtung gemeint. Es hat also z. B. der Dritte, der nach dem Widerruf einer Prokura und der Einregistrirung des Widerrufes an den Prokuristen bezahlt hat, gleichwohl gültig bezahlt, insofern er beweist, dass er einerseits den Widerruf trotz der Veröffentlichung nicht gekannt habe, und anderseits nach den Umständen auch nicht verpflichtet gewesen sei, die Publikation zu kennen. Liegt nun auch in dieser Formulirung die richtige Interpretation des Gesetzes, so bleiben gleichwohl für jeden einzelnen Fall noch viele Zweifel übrig. Denn es ist allzu schwierig zu entscheiden, ob ein Kaufmann die Aenderung „habe kennen müssen".

Allein abgesehen von der Fassung des Satzes halten wir das Prinzip der Entscheidung selbst für unrichtig. Sowie die Aenderung ohne Eintragung in's Register Dritten gegenüber juristisch nicht existirt, so bekennen wir uns ebenso rückhaltslos auch zur Kehrseite dieses Satzes und die ist die folgende: Wenn die Eintragung stattgefunden hat, so besteht die Aenderung auch Dritten gegenüber. Allerdings ist es möglich, dass trotz der Eintragung sammt Publikation ein Dritter von der Aenderung, z. B. vom Widerruf einer Prokura keine Kenntniss erhalten

hat; allein es hat ein Dritter auch durchaus keinen rechtlichen Grund, anzunehmen, es dauere die Procura endlos fort; er musste stets auf einen Widerruf gefasst sein. Muss also von zwei Unschuldigen der Eine leiden, so soll es hier der Natur der Sache nach nicht Den treffen, welcher durch Eintragung seine Pflicht erfüllt hat, sondern Den, der trotz der Eintragung ohne Kenntniss geblieben ist. Diese Entscheidung gibt dem Handelsregister erst seine volle Bedeutung. Dessen Inhalt ist in sicherer Weise entscheidend, und mit Recht, da die Kenntniss der Eintragung, vermittelt durch ein Centralorgan, in der Regel ohne Unbilligkeit vorausgesetzt werden darf.

Freilich muss, wo diese Voraussetzung wegfällt, konsequenter Weise auch jene Entscheidung wegfallen, und darum auch unsere Bestimmung des Art. 9, 2. Satz. Es wäre in der That eine Unbilligkeit, ganz allgemein auch bei dem Ausländer die Kenntniss des schweizerischen Handelsregisters vorauszusetzen und darum soll dem Ausländer gegenüber die Eintragung der Veränderung in das Register nicht so allgemein genügen, wie gegenüber dem Einheimischen. Wir halten aber nichtsdestoweniger an unserm Grundsatz fest, nach welchem z. B. der Widerruf einer Prokura einem Dritten stets dann entgegengesetzt werden kann, wenn der Prinzipal bezüglich der Bekanntmachung des Widerrufes seine Pflicht erfüllt hat. Dafür genügt nun dem Angehörigen eines Konkordatskantons gegenüber die Einregistrirung. Dem Ausländer gegenüber aber soll der Prinzipal noch ausserdem so viel thun, als ihm die Handelssitte vorschreibt, sei es durch Absenden von Circularen an die Geschäftsfreunde, sei es durch Einrücken in Zeitungen. Hiebei fürchten wir den Einwand, es sei der Ausländer

in günstigerer Stellung, als der einheimische Dritte, gar nicht. Denn es liegt die scheinbare Begünstigung in der Natur der Sache, und wenn wir an der Hand der letztern die Interessen des Ausländers ins Auge fassen und schützen, so gereicht dies fürwahr dem schweizerischen Entwurfe zur Zierde und wird auch im Auslande den günstigen Eindruck nicht verfehlen. Der Satz, dass vor Gesetz und Richter der Fremde mit dem Landesangehörigen auf gleichem Fusse steht, leidet überall in der Anwendung noch sehr, sollte aber vor Allem aus im Handelsrecht zur vollen Anerkennung gelangen.

Von der kaufmännischen Firma.

Der französische Code de commerce (Art. 21, 23, 25 und 31) enthält Bestimmungen über die Firmen von Handelsgesellschaften. Das deutsche Handelsgesetz geht noch weiter und bestimmt in Art. 16, wie ein einzelner Kaufmann seine Firma schreiben soll: „Ein Kaufmann, welcher sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter treibt, darf nur seinen Familiennamen mit oder ohne Vornamen als Firma führen. Er darf der Firma keinen Zusatz beifügen, welcher ein Gesellschaftsverhältniss andeutet. Dagegen sind andere Zusätze gestattet, welche zur nähern Bezeichnung der Person oder des Geschäfts dienen.“ Daran schliessen sich Bestimmungen über die Firma von Handelsgesellschaften. Die Firma einer Kollektivgesellschaft muss den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das

Gesellschaftsverhältniss andeutenden Zusatze, und die Kommanditgesellschaft den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit demselben Zusatze enthalten.

Eine Anzahl von deutschen Juristen sind gegen diese Bestimmungen in die Schranken getreten; wir nennen Goldschmidt, Brinkmann, Endemann. Goldschmidt erklärt, es widerstreben solche Beschränkungen der Freiheit in der Wahl einer Firma der deutschen Sitte durchaus; es habe sich der preussische Handelsstand wiederholt dagegen erklärt. Das Publikum bedürfe keiner Schutzanstalt gegen mögliche Täuschungen; jeder Vorsichtige wisse recht gut, was hinter einer noch so fremdartigen Firma stecke; die Klagen über den Missbrauch fremder Firmen seien in Deutschland sehr selten.

Wir stimmen dieser Ansicht in dem Sinne bei, dass wir uns gegen alle präventiven, reglementirenden Bestimmungen des Gesetzes erklären. Wir halten dafür, dass es durchaus nicht Sache des Gesetzes ist, dem Kaufmann von vorneherein vorzuschreiben, wie seine Firma beschaffen sein muss. Eine jede Beschränkung der freien Handlungsweise, die nicht einen reellen Gewinn für den Kredit, für die Sicherheit im Verkehr bringt, wird von dem Kaufmann als unnütze Plackerei empfunden und hier ist es nun klar, dass mit jenen Schranken des deutschen Gesetzes sehr wenig gewonnen ist. Dieselben erzeugen den Schein, als ob aus der Firma ein sicherer Schluss auf die Person des Geschäftsinhabers zu ziehen sei. Nun wäre aber gerade dieser Schluss unrichtig. Denn nach Art. 22 kann eine Firma auch ererbt und selbst durch Vertrag erworben werden und diese ererbten oder gekauften Firmen könnten sogar leicht die Mehrzahl bilden.

Ferner kann die Firma einer Kollektivgesellschaft, die aus 5 Gliedern besteht, den Namen auch nur Eines Gesellschafters, vielleicht und sogar wahrscheinlicher Weise gerade des Vertrauenswürdigsten enthalten. Was hat nun das Publikum damit gewonnen? Wo die Hebung des Kredites durch Publizität in Frage liegt, so darf es nur eine Regel und nicht auch Ausnahmen geben; sonst ist jene Publizität geradezu eine trügerische. Und wenn wir selbst die Nützlichkeit jener Bestimmungen zugeben würden, so fehlt doch eine feste Sanktion derselben; denn eine solche ist die Androhung von Ordnungsbussen am wenigsten.

In diesem Sinne hat der schweizerische Entwurf die Bestimmungen über die Zusammensetzung der Firma beim Einzelkaufmann und in der Regel auch bei der Handelsgesellschaft ohne Zögern über Bord geworfen und vertraut auch hier mit Recht der unbedingten Oeffentlichkeit durch das Handelsregister. Durch sie ist die Gefahr, welche in der Freiheit der Firmawahl erblickt werden könnte, beseitigt. In jedem Moment gibt das Handelsregister sichere Auskunft darüber, wer hinter der vielleicht täuschend gewählten Firma steckt. Im Uebrigen verleiht auch der Entwurf der Registerbehörde die Befugniss, täuschende Firmen zur Revision zurückzuweisen und spricht endlich in Art. 14 eine allgemeine Schutzformel gegen Verletzung jedes Firmarechtes aus.

Von dem kaufmännischen Gerichtsstande.

„Der ordentliche Gerichtsstand einer Handelsgesellschaft ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.“ Art. 16. Dieser Satz ist in den neuern Gesetzgebungen fast allgemein anerkannt. Die Handelsgesellschaft erscheint gegen Aussen als eine juristische Einheit, hinter welcher die einzelnen Gesellschafter verschwinden. Nicht der Wohnsitz des einzelnen Gesellschafters ist der Mittelpunkt der Gesellschaftsthätigkeit, sondern der Sitz der Gesellschaft selbst. Die einzelnen Gesellschafter handeln nicht unter eigenem Namen, sondern unter dem Namen der Gesellschaft, der Firma. Es liegt daher auch ganz in der Natur der Sache, dass der Sitz der Gesellschaft für den Gerichtsstand derselben bestimmend ist.

In derselben Ideenfolge liegt nun aber auch bei einem Einzelkaufmann der Gerichtsstand einer Handelsniederlassung, wie wir denselben in Art. 15 aufgestellt haben. Wenn ein Kaufmann seine Hauptniederlassung oder auch nur eine Filiale an einem Orte gründet, wo er selbst persönlich nicht domizilirt ist, so liegt es in der Natur der Sache, dass der Gerichtsstand für die Geschäfte der Hauptniederlassung da ist, wo diese ihren Sitz hat und dasselbe gilt, wenn auch weniger zwingend, von dem Gerichtsstand für die Geschäfte einer Filiale. Ganz dieselben Gründe, weche für den Gerichtsstand des Domizils eines Beklagten sprechen und denselben zur allgemeinen Anerkennung gelangen liessen, sprechen auch hier für den Gerichtsstand der Handelsniederlassung. Da,

wo sich diese befindet, sucht und geniesst der Kaufmann das Vertrauen des Publikums. Niemand fragt, wo der Kaufmann seinen persönlichen Wohnsitz hat, auf welchem Landgute er etwa der Ruhe geniesst. Jeder hat es allein mit dem Geschäfte zu thun, und wo dieses ist, da will er seine Rechte verfolgen können.

Auch bei einer Filiale verlangt der Kredit, dass sie für ihre Geschäfte einen besondern Gerichtsstand hat. Die Filiale ist gegen Aussen ein selbstständiges Geschäft, das für sich agirt und der Dritte weiss auch kaum, ob er es mit einer Filiale oder mit der Hauptniederlassung zu thun hat. Auch gibt es Handelsgeschäfte mit mehreren Hauptniederlassungen oder es ist doch zweifelhaft, welches die Hauptniederlassung und welches die Filiale ist. In allen diesen Fällen ist es dem kaufmännischen Kredit förderlich, wenn jede Niederlassung wie ein selbstständiges juristisches Wesen angesehen wird und für ihre Geschäfte an ihrem Sitze Red' und Antwort stehen muss. In diesem Sinne haben sich auch mehrere Voten an der letzten schweizerischen Juristenversammlung in Lausanne (1864) ausgesprochen.

Es bleibt nur noch zu untersuchen, ob sich dieser Gerichtsstand der Handelsniederlassung mit dem Art. 50 der schweizerischen Bundesverfassung verträgt. Dieser Artikel garantirt dem aufrechtstehenden schweizerischen Schuldner für persönliche Ansprachen den Gerichtsstand seines Wohnortes. Ist nun aber damit stets nur das persönliche Domizil verstanden? Keineswegs. Denn Domizil karakterisirt sich als Mittelpunkt der Thätigkeit eines Menschen; diese Thätigkeit kann nun aber die des Familienvaters oder einfachen Privatmannes sein, also eine rein persönliche, oder aber sie ist die geschäft-

liche. Das Domizil kann also in diesem Bezuge allerdings ein mehrfaches und damit auch ein mehrfacher Gerichtsstand begründet sein.

Von den Handelsbüchern.

Die Führung regelmässiger Handelsbücher ist eine der wichtigsten Pflichten des Kaufmanns. Sie ist aber nicht, wie die Ordnung im Geschäftsbetrieb überhaupt, nur eine kaufmännische, gleichsam moralische Pflicht, sondern sie ist zu einer rechtlichen Pflicht erhoben worden. — Es sind hauptsächlich zwei rechtliche Momente, die dabei in Frage kommen: ein strafrechtliches, insofern die Unterlassung einer regelmässigen Buchführung gewöhnlich die Strafe des einfachen Bankerotts nach sich zieht, und ein civilrechtliches oder prozessualisches, indem den Handelsbüchern der Kaufleute eine besondere Beweiskraft zugeschrieben wird.

Mit Bezug auf diese letztere schreibt auch der schweizerische Entwurf in Uebereinstimmung mit allen neuern Handelsgesetzen die Führung von Handelsbüchern vor; die Vorschrift ist also eine civilrechtliche und soll in keiner Weise den Karakter einer administrativ-polizeilichen Reglementsbestimmung tragen. Der Gesetzgeber hat nicht die Prätention, dem Kaufmann landesväterliche Instruktionen über die zwekmässigste Art, Bücher zu führen, zu ertheilen. Der Kaufmann, der nicht weiss, dass eine exakte und zweckmässige Buchführung das Lebenselement des Geschäftes ist, der ist eben ein schlechter Kaufmann

und das Gesetz kann ihn nicht bessern. Wer das grösste Interesse an einer untadelhaften Buchführung hat und es in der Regel, wenigstens für den Spezialfall, auch am besten versteht, das ist der Kaufmann selbst. Der schweizerische Entwurf hat daher in der einfachsten Weise dem Kaufmann die Pflicht aufgebunden, „Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig und mit Sicherheit zu ersehen sind."

Wir bestimmen also vor Allem nicht, was für Bücher geführt werden müssen und stimmen darin mit dem deutschen Gesetz überein, während der französische Code de commerce, das freiburgische, spanische und holländische Gesetz und eine Anzahl Entwürfe drei bestimmte Bücher: das Tagebuch (livre-journal), das Briefkopirbuch und das Inventarienbuch als obligatorisch aufstellen. Um zur Rechtfertigung unsers Systems nicht oft Gesagtes wiederholen zu müssen, verweisen wir auf die Kritiker und Commentatoren des deutschen Gesetzes und die Motive des preussischen Entwurfes vom Jahre 1859. Goldschmidt macht namentlich darauf aufmerksam, wie der Code de comm. zu viel und zu wenig verlangt. Auch der ordnungsliebendste Kaufmann sei oft ausser Stande, die täglich vorkommenden Geschäfte innerhalb 24 Stunden genau einzutragen. Ferner pflegen die Kassavorgänge nicht mit den übrigen Handelsoperationen zusammengeworfen, sondern nur in das Kassabuch und aus diesem direkt in das Hauptbuch oder bei der doppelten Buchhaltung in das Journal eingetragen zu werden. Anderseits ist aber wieder zu einer guten Buchhaltung das Tagebuch entschieden zu wenig. Unentbehrlich ist namentlich das Hauptbuch und Cassaconto und Waarenskontro dürfen kaum fehlen. Was ist nun die rechtliche

Folge des französischen Systems? Offenbar die, dass der Kaufmann, der sich mit dem chronologischen Tagebuch begnügt und also das Gesetz erfüllt, sich in einer günstigern Lage befindet, als der exakte Geschäftsmann, welcher alle Vorgänge in doppelten Conti's bucht. Denn nur dem Letzteren droht die Gefahr, dass die Vergleichung der verschiedenen, sich gegenseitig kontrollirenden Bücher, die Unrichtigkeit einer Angabe herausstelle. Es ist daher unzweifelhaft viel gerechter, von Gesetzeswegen die Bestimmung der zu führenden Bücher aufzugeben und es dem Richter zur freien Beurtheilung anheimzustellen, ob in einem einzelnen Falle der Kaufmann seine Pflicht der Buchführung erfüllt habe und je nach Erfüllung dieser Pflicht die Beweiskraft zu bemessen. Wenn auch der Gesetzgeber es versuchen wollte, über den Code de comm. hinausgehend noch mehr Bücher obligatorisch zu machen, es würde ihm nicht gelingen, da die Natur der Handelsgeschäfte und darum auch das Bedürfniss von Handelsbüchern allzu verschieden sind.

Soweit geht unser Entwurf mit dem deutschen Gesetze zusammen. Es hat nun aber dieses Gesetz mit jenem ängstlichen Bevormundungssystem, welches in der französischen ordonnance de commerce von 1673 seine Wurzel hat, nicht entschieden genug gebrochen; es hat den Schritt vorwärts nur halb gemacht. Es schreibt den Einzelnen vor, wie der Kaufmann beim Beginne seines Gewerbes und dann jedes Jahr wieder Inventar und Bilanz aufstellen soll, wie diese unterzeichnet und dann aufbewahrt werden sollen. Das Gesetz bestimmt, dass die Handelsbücher in einer lebenden Sprache und mit den Schriftzeichen einer solchen abgefasst, dass die Bücher gebunden sein müssen, dass in denselben keine leeren Zwischenräume gelassen, dass nichts gestrichen oder sonst un-

leserlich gemacht, nichts radirt oder sonst in zweifelhafter Weise verändert werden darf.

Alles dies passt nun recht gut in ein kaufmännisches Lehrbuch, in ein Gesetzbuch aber nur unter Einer Bedingung: dass nämlich diese Vorschriften auch eine gesetzliche Sanktion erhalten, dass sie zur Grundlage einer festen, formellen Theorie über die Beweiskraft der Handelsbücher gemacht werden. Ist das nun aber geschehen? Keineswegs. Das deutsche Gesetz hat in richtiger Auffassung des Lebens jede bindende Vorschrift über die Beweiskraft aufgegeben. Schon der *Code de comm.* bestimmt in Art. 12: „Les livres de commerce, régulièrement tenus, *peuvent être admis* par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce“ und es ist dem Richter offen gestellt, ein durchaus *regelmässiges* Handelsbuch von der Beweiskraft auszuschliessen und also einem unregelmässigen Buch gleichzustellen. Aber das *deutsche Gesetz* geht in dieser Richtung noch weiter, indem nach Art. 35 Handelsbücher, welche *unregelmässig* geführt sind, als Beweismittel soweit berücksichtigt werden können, „als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmässigkeiten, sowie nach der Lage der Sache geeignet erscheint.“ Es können danach auch unregelmässige Bücher, wie die regelmässig geführten, entweder *vollen* oder *halben* oder *gar keinen* Beweis liefern. Es stehen sich also vor dem Gesetze alle Handelsbücher gleich und eine Bevorzugung der regelmässigen Handelsbücher ist in die frei abwägende Hand des Richters gegeben. Wir begrüssen dieses freie System; denn es kann selbst der exakteste Geschäftsmann es erleben, in seinen Büchern einmal eine blanke oder korrigirte oder radirte Stelle oder eine andere Unregelmässigkeit zu haben oder den gesetzlichen Termin

zur Inventarisirung vorübergehen lassen zu müssen. Es haben sogar französische Praktiker behauptet, es seien in ganz Frankreich nur wenige Handelsbücher zu finden, die im strengen Sinne des Wortes regelmässig geführt sind.

Wenn nun in Würdigung dessen die Beweiskraft eines Buches nicht abhängig gemacht wird von der Beobachtung jener einzelnen Vorschriften über Buchführung, so stehen diese in der Luft. Sie sind wie das Messer ohne Klinge, haben nichts zu bedeuten und können höchstens irreführen. Dem gewählten Systeme über die Beweiskraft der Bücher entspricht es einzig, wenn der Begriff von Ordnungsmässigkeit der Handelsbücher nicht vom Gesetze umschrieben, sondern dem freien Ermessen des Richters überlassen wird. Das ist auch an sich das Richtige. Eine Buchführung ist durch einzelne Fehler noch nicht verurtheilt, so wenig als die Tugend eines Menschen. Man muss das Ganze zusammennehmen und auch dann wird das Resultat meist ein relatives sein. Es ist daher jedes Spezialisiren des Gesetzes der Natur der Sache zuwider und darum der materiellen Gerechtigkeit kein Förderniss.

Es ist bereits erwähnt, dass wir bezüglich der Beweiskraft der Handelsbücher sowohl mit der französischen, als mit der deutschen Gesetzgebung nahe übereinstimmen. Als Regel gilt, dass das ordnungsmässige Handelsbuch halben Beweis macht; im Uebrigen aber soll das richterliche Ermessen frei alle Umstände erwägen. Dagegen hat sich der schweizerische Entwurf den

eigenen Weg gewählt in der Frage, ob das Handelsbuch nur Kaufleuten oder auch Nichtkaufleuten gegenüber Beweiskraft übe.

Die fremden Gesetze erklären sich für das Erstere und stützen sich dabei insbesondere darauf, dass die Fähigkeit, mit dem eigenen Titel Beweis zu führen, nur Kaufleuten gegenüber gerechtfertigt sei, weil diese durch ihre eigenen Bücher Kontrolle zu üben im Stande sind, während diess der Nichtkaufmann nicht vermag. Das ist nun allerdings wahr, würde aber nur dann entscheidend sein, wenn das Gesetz die Beweiskraft fest regulirte, was nun aber gar nicht der Fall ist. Dass der Prozessgegner nicht im Falle ist, das zum Beweis vorgelegte Handelsbuch durch eigene Buchung zu kontrolliren, was übrigens in einzelnen Fällen auch dem Kaufmann ohne seine Schuld vorkommen kann, das ist nun eben für den Richter einer jener Umstände, nach denen die Beweiskraft bemessen werden soll und wird natürlich auf jener beweglichen Skala hinunterdrücken. Nachdem man einmal den Richter souverän erklärt hat, liegt nun keine weitere Gefahr darin, dass die Handelsbücher auch Nichtkaufleuten gegenüber beweisen können. Uebrigens ist der Gedanke selbst nichts weniger als neu. Schweizerische Prozessgesetze erklären das Handelsbuch ganz allgemein als eigenes Beweismittel und der Code civil français gibt in in den Art. 1329, 1366 und 1367 dem Richter das Recht, der Parthei, die sich auf ein Handelsbuch stützt, den Eid zu deferiren.

Es ist auch der Billigkeit angemessen, dass, wenn dem Kaufmann die volle Pflicht der Buchführung auferlegt wird, demselben auch das entsprechende volle Recht der Beweisführung nicht geschmälert wird. Recht und Pflicht

entsprechen sich hier genau; denn es darf nicht übersehen werden, dass die Führung von Büchern durch den Kaufmann sehr oft auch dem beweisenden Gegner, auch wenn er nicht Kaufmann ist, zum Vortheil gereicht. Das Handelsbuch ist nicht bloss eine Waffe zum Schirm dessen, der sie trägt, sondern kann leicht auch gegen ihn selbst gekehrt werden. Der Kaufmann bucht nicht bloss zu seinen eigenen Gunsten, sondern auch zu Gunsten des Nichtkaufmanns, der mit ihm verkehrt. Es handelt sich denn auch bei dieser allgemeinen Beweiskraft der Handelsbücher nicht um ein Privilegium, sondern um ein gutes Recht. Endlich verdient auch hier der schweizerische Entwurf das Lob der Einfachheit: es braucht nach demselben nicht erst untersucht zu werden, ob der Beweis Handelssachen betrifft und ob der Gegner im Prozess ein „Kaufmann" ist. Ebenso sagt es dem einfachen Rechtsbewusstsein weit besser zu, wenn das Handelsbuch auch dem Nichtkaufmann gegenüber als Wahrheit anerkannt wird, als wenn das, was heute Wahrheit ist, morgen als Lüge taxirt wird.

Von den Prokuristen und den Handelsbevollmächtigten.

Bei der gesetzlichen Normirung der kaufmännischen Vertretung gegen Aussen sind es zwei sich entschieden widerstreitende Interessen, die um ihrer grossen praktischen Bedeutung willen Einfluss üben müssen.

Auf der einen Seite heischt der Handelsverkehr eine weitgehende, möglichst unbeschränkte Vertretung gegen Aussen; denn er bedarf auch einer möglichst raschen, entschlossenen Aktion. Der kaufmännische Verkehr ist so vielen Fluktuationen ausgesetzt, der Kampf der freien Konkurrenz kann die Situation so schnell verändern, dass wie im Kriege der Moment der Herrscher ist und nur Der Sieger, welcher den günstigen Moment zu benutzen weiss. Da kann nicht erst das Gutfinden des Prinzipals im Hauptquartier eingeholt werden; der Vertreter muss mit möglichst reicher Macht ausgerüstet sein, um entschlossen vorwärts zu gehen. Es ist aber ferner auch die Hauptwaffe in diesem Kampf des Verkehrs der Kredit. Nur derjenige Vertreter kann erfolgreich handeln, der mit dem vollsten Vertrauen seines Prinzipals ausgerüstet erscheint. Jeder Dritte muss der guten Zuversicht sein können, dass der Vertreter als ein alter ego des Geschäftsherrn handelt; dann ist die Thätigkeit desselben doppelt erfolgreich.

Diesem Gedanken nun entspricht in vollem Masse das moderne Institut der Prokura, wie es auch in den schweizerischen Entwurf aufgenommen ist. Schon die Ertheilung der Prokura ist an ein rein äusseres Kennzeichen geknüpft. Wie der Wechsel zu seiner Existenz des Wortes „Wechsel" bedarf, so ist hier das Wort „Prokura" erforderlich. Es soll nicht darauf ankommen, von welcher Ausdehnung die Vollmacht des Prokuristen, ob oder wie dieselbe begränzt ist. Entscheidend ist allein die Vollmacht, per procura zu zeichnen.

Wir sind darum der Definition der Prokura durch das deutsche Gesetz nicht gefolgt. Der Art. 41 desselben sagt: „Wer von dem Eigenthümer einer Handelsniederlas-

sung beauftragt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben und per procura die Firma zu zeichnen, ist Prokurist.« Es liegt in dieser Definition eine unklare Vereinigung eines innern und eines äussern Momentes, die praktisch zu einer vielleicht nicht gewollten Abschwächung des äussern Momentes hinführt. Nun ist aber gerade das äussere Moment, das Verhältniss zu dritten Personen, das wahrhaft Auszeichnende des ganzen Institutes. Der schweizerische Entwurf beschlägt zwar in Art. 28 auch die Vollmacht des Prokuristen im Verhältniss zum Prinzipal selbst, also das innere Moment. Allein in dieser Richtung ist das Gesetz nicht absolut: es steht dem Prinzipal frei, die Vollmacht des Prokuristen ihm selbst gegenüber in beliebiger Weise zu beschränken oder gemäss dem Alinea 2 desselben Artikels zu erweitern. Unabänderlich und absolut dagegen ist das Gesetz mit Rücksicht auf das Verhältniss gegen Aussen (Art. 20). Nicht bloss präsumirt das Gesetz für eine unbeschränkte Vollmacht der Prokuristen, sondern es hat auch jede Beschränkung des Umfangs der Prokura dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung, es sei denn, es könne bewiesen werden, dass dieselben Kenntniss von der Beschränkung hatten. Also selbst durch Eintragung in das Handelsregister kann die Prokura nicht beschränkt werden und die einzige Ausnahme, die der Entwurf hier, wie überall, aufstellt, ist gegen die mala fides, gegen erwiesene Verletzung von Treu und Glauben gerichtet. Es kann also eine Prokura Dritten gegenüber nur widerrufen, also vernichtet, nicht aber auch zerfetzt werden. Aut-aut! Es entspricht dies vollkommen dem oft vernommenen Wunsche des Kaufmanns, in jeder Lage bestimmt zu wissen, woran er ist, fast gleichgültig darum, ob so oder anders. Der

Handelsverkehr darf vom Gesetze beanspruchen, dass es ihm bestimmte, zweifellose Formen schaffe, in denen er sich sicher bewegt. Es ist bemerkenswerth, dass jener Satz der Unbeschränkbarkeit auf der Conferenz in Nürnberg anfangs hart angefeindet, schliesslich aber mit Einstimmigkeit in das deutsche Gesetz aufgenommen worden ist.

Wir haben im Vorhergehenden nur Eine Seite der Vertretungsfrage in's Licht gestellt; das soll uns nicht verleiten, die Gefahren zu übersehen, die mit jenem grossen Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Prokura verbunden sind. Es liegt auf der Hand, dass je mehr der Kaufmann durch die weite Vollmacht seines Vertreters gegenüber Dritten an Kredit gewinnt, um so grösser auch die Gefahr wird, die ihm aus dem Vertrauensmissbrauch durch seinen Vertreter erwachsen kann. Wir haben aus der letzten Zeit einige starke Beispiele von solchem Missbrauch gesehen, welche in den Kaufleuten den Wunsch hervorrufen mussten, ein Mittelsystem verwenden zu können, nach welchem jene Gefahr wenigstens vermindert würde, ohne darum den Kredit, den das Institut der Prokura gewährt, einzubüssen. Das deutsche Gesetz stellt neben der Prokura ohne jede Vermittlung die sogenannte Handlungsvollmacht, welche sehr verschiedenen Inhalt haben kann und dem Dritten, da sie nicht einregistrirt wird, wenig Sicherheit bietet. Der schweizerische Entwurf dagegen hat zwar auch den Begriff der Prokura unangetastet gelassen und also die Handlungsvollmacht bestimmt von ihr abgegränzt. Er lässt aber die Eintragung der Handlungsvollmacht in das Handelsregister zu, ohne sie freilich obligatorisch zu machen (Art. 33). So kann denn der Kaufmann, der die Ertheilung der Prokura für sein ganzes Geschäft

scheut, einen Stellvertreter für einen bestimmten Geschäftskreis einsetzen und auch dieses Verhältniss des grossen Vortheils der Oeffentlichkeit durch Einregistrirung theilhaftig machen, und damit ist sowohl ein jeder Dritte gegen die Nichtratifikation von Seiten des Geschäftsherrn, als auch dieser Letztere gegen die Vollmachtüberschreitung seines Vertreters in sicherer Weise geschützt.

Die vorstehenden Ausführungen haben schon darauf hingewiesen, dass wir es hier mit einem seinem innern Karakter nach kaufmännischen Institute zu thun haben. Wie das deutsche Gesetz, so spricht daher auch unser Entwurf von der Prokura, die von einem Kaufmann ertheilt wird. Besonders stützt sich jenes weitgehende Prinzip der Unbeschränkbarkeit auf Motive, die offenbar aus dem kaufmännischen Leben und Denken herstammen, und wenn dasselbe, so masslos wie es ist, auf Nichtkaufleute angewendet wird, welchen die Kenntniss des Gesetzes und der kaufmännische Usus fernstehen, so ist dasselbe ebenso gefährlich, als es für den kaufmännischen Verkehr heilsam ist.

Nichtsdestoweniger ist richtig, dass sich auch Nichtkaufleute vielfach der Form der Prokuraertheilung bedienen und dies geschieht in einzelnen Fällen, wie z. B. von Seiten eines Kapitalisten oder eines grossen Gutsbesitzers durchaus im kaufmännischen Sinne. Hier ist denn auch kein Grund, die gesetzlichen Bestimmungen über die Prokura auszuschliessen, wie dies im deutschen Gesetz der Fall ist. Der schweizerische Entwurf (Art. 41) gibt desshalb einem jeden Nichtkaufmann ein

einfaches Mittel, eine Prokura im handelsmännischen Sinne mit den Konsequenzen des Handelsgesetzes auszustellen, und dieses Mittel besteht in der Eintragung der Prokura in das Handelsregister. Hat ein Kaufmann Prokura ertheilt, so ist dies vollgültig auch ohne Registrirung. Ist es aber ein Nichtkaufmann, so will das Gesetz nicht allein, dass derselbe den Ausdruck Prokura gebrauche, der im gewöhnlichen Leben vielsinnig ist, sondern dass er sich durch Eintragung der Prokura in das Register mit Bewusstsein der Strenge des Gesetzes unterwerfe.

Aus den Bestimmungen dieses Titels über die Handlungsbevollmächtigten heben wir noch als eine solche, die eine eigenthümliche Lösung gefunden hat, die Bestimmung über die Handlungsreisenden hervor. Durchgeht man die verschiedenen modernen Gesetze über die präsumptiven Befugnisse der Handlungsreisenden, so stösst man auf ebenso verschiedene Entscheidungen. Der Code de commerce selbst enthält keine Bestimmung; aber auch die französische jurisprudence ist zu keinem Abschluss gelangt. Der Kassationshof hat entschieden, dass es auf den einzelnen Fall ankomme. Jedenfalls hat an und für sich der commis-voyageur noch keine Befugniss, Zahlungen gültig einzukassiren, wohl aber z. B. dann, wenn es oft geschehen ist. (Vergl. Alauzet II, 128). Das Zürcherische Recht gibt dem Reisenden das Recht zum Einzukassiren nur im Kleinverkehr. Allein es ist wohl klar, dass diese Gränze eigentlich keine ist. Das Solothurnergesetz erklärt die Handlungsreisenden für befugt, die Guthaben einzukassiren, ohne dass

man aber weiss, ob diese Befugniss aufhört, wenn die Vollmacht dieselbe ausschliesst. Endlich das deutsche Handelsgesetz erklärt die Handlungsreisenden für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu bewilligen.

Wir schreiben auch dieser letztern Entscheidung nur zweifelhaften praktischen Werth bei. Es ist eine Massregel, deren Halbheit nur zu Unsicherheit und Streitigkeiten führen muss; es wird in vielen Fällen der eine Theil einer Zahlung als gültig, ein anderer als ungültig angesehen werden müssen und dann — auf welchen Verkauf wird die gemachte Zahlung zu beziehen sein? Endlich liegt auch in der Unterscheidung kein rechter innerer Grund. Wir ziehen es daher vor, auch hier ein festes, ganzes Prinzip auszusprechen, dessen Schärfe zwar angefochten werden mag, das aber trotzdem immer noch besser ist, als eine Entscheidung, die zu schwach ist, um sich daran festhalten zu können. Unser Entwurf erklärt den Handlungsreisenden als befugt, die Guthaben seines Geschäftsherrn einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu bewilligen. Damit stimmt auch, soweit uns die Ansichten des Handelsstandes bekannt geworden sind, die kaufmännische Anschauung. Dies bezieht sich aber, wie im deutschen Gesetze, so auch hier nicht auf die sogenannten Provisionsreisenden und Agenten; denn diese stehen nicht im speziellen Dienste eines bestimmten Prinzipals, sondern nehmen für eine unbestimmte Anzahl von Häusern Bestellungen auf.

Es mag unsre Entscheidung der Frage für sich genommen einiges Bedenken erregen; es muss aber auch dieses schwinden, sobald wir beifügen, dass nach dem

Alinea 2 des Art. 34 der Prinzipal immerhin noch ein Mittel in den Händen hat, die Vollmacht des Handelsreisenden in einer gegenüber Dritten gültigen Weise zu beschränken. Dieses Mittel besteht in der Eintragung der Beschränkung in das Handelsregister. Ist diese geschehen, so kann an den Reisenden eine gültige Zahlung nicht mehr geleistet werden. Wird aber eine solche Eintragung nicht vorgenommen, sei es, dass der Prinzipal selbst vertraut oder sich scheut, den Reisenden zu diskreditiren, und hat dagegen ein Dritter in gutem Glauben in die Hände des Reisenden Zahlung geleistet, so ist es gewiss billig, dass der Prinzipal selbst es tragen muss, wenn der Handlungsreisende die empfangenen Gelder veruntreut. Er hatte die Mittel, sich zu schützen und hat sie nicht gebraucht.

Zur leichtern Uebersicht dieses fünften Titels sei noch bemerkt, dass vorerst die Art. 27 bis 30 von der kaufmännischen Prokura im Besondern, sodann die Art. 31 bis 36 ebenso von der Handlungsvollmacht sprechen, und endlich die Art. 37 bis 40 die der Prokura und der Handlungsvollmacht gemeinsamen Bestimmungen enthalten. Der Art. 41 normirt anhangsweise die Prokura eines Nichtkaufmanns.

Von den Handelsmäcklern oder Sensalen.

Die wenigen und einfachen Bestimmungen des sechsten Titels haben alle rein civilrechtlichen Karakter. Alles mehr Administrative über Erwerb und Verlust der Eigenschaft eines Mäcklers oder Sensalen, über die öffentlichen Pflichten eines solchen ist den kantonalen Verordnungen überlassen. Der Entwurf mischt sich nicht in die Frage, ob das Geschäft eines Mäcklers ganz oder beschränkt frei gegeben werden soll, oder ob es dazu, wie nach dem Code de commerce und dem deutschen Gesetz, einer amtlichen Bestellung bedarf. Es bestehen auch schon in einzelnen Kantonen Spezialgesetze über dieses Institut, so z. B. in Genf: Loi du 20 décembre 1856 pour l'établissement d'une bourse de commerce, wo in Tit. III von den courtiers de commerce et agents de change gehandelt wird, ferner in Zürich ein Gesetz vom 25. September 1835 über die Sensalen, in Basel eine Sensalenordnung vom 28. April 1801 und eine solche vom 29. Jänner 1842 u. s. f. Alle diese Gesetze bleiben, soweit sie administrativer Natur sind, unangetastet. Für jeden Kanton und selbst für jeden Verkehrsplatz bestehen in dieser Richtung eigenthümliche Bedürfnisse, denen ein einheitliches Gesetz keine Rechnung tragen könnte. Das deutsche Gesetz enthält eine Menge einheitlicher Vorschriften über die Pflichten der Sensalen; die Sanktion derselben ist aber den einzelnen Landesgesetzen überlassen und die Einheit ist also ohne wirklichen Werth.

Aber auch in jenen Vorschriften selbst wird stets auf den Ortsgebrauch verwiesen und damit anerkannt, dass das Mäcklergeschäft in der Regel ein örtliches Geschäft ist und also einer vollständigen Rechtseinheit nicht bedarf.

Von den Handelsgesellschaften.

Die Kollektivgesellschaft.

Das, was das moderne Handelsrecht zu immer schärferer Ausprägung eines Gegensatzes zwischen der Kollektivgesellschaft und der alten civilrechtlichen societas geführt hat, ist das Verhältniss der Gesellschaft gegen Aussen, d. h. zu dritten Personen. Die Kollektivgesellschaft stellt sich gegen Aussen als eine juristische Einheit dar, wird zur Trägerin von Eigenthumsrechten (Art. 54), erwirbt als Gesellschaft Rechte und Verbindlichkeiten, kann vor Gericht klagen und verklagt werden (Art. 67). Mit der juristischen Einheit gegen Aussen hängen zusammen die Bestimmungen über die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniss durch die einzelnen Gesellschafter (Art. 69), über die Haftung des neu eingetretenen und des ausgetretenen Gesellschafters (Art. 73 und 74), über den Gesellschaftskonkurs (Art. 75 und 76), über die Kompensation (Art. 79), über die Art der Liquidation der Gesellschaft (Art. 89) u. a. m. Es liegt ganz deutlich das Karakteristische der modernen Kollektivgesellschaft nicht in den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander, welche je nach dem Gesellschaftsvertrag sehr verschiedenartig gestaltet sein können, sondern in der Stellung der Gesellschaft gegen Aussen.

In Uebereinstimmung mit dem Gesagten hat der schweizerische Entwurf den Begriff der Kollektivgesellschaft festgestellt. Derselbe legt den Schwerpunkt auf das Verhältniss zu dritten Personen und definirt im Art. 48: „Wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe gemeinschaftlich betreiben und den Gesellschaftsgläubigern mit ihrem Vermögen unbeschränkt haften, so bilden dieselben eine Kollektivgesellschaft.“ Es ist dabei durchaus gleichgültig, in welcher Weise die Gesellschaft in ihren innern Verhältnissen organisirt ist; es sind diese der Aussenwelt entzogen und sollen also nicht als Kriterien aufgestellt werden. Welche Einlage ein Gesellschafter oder ob er gar keine solche gemacht hat, ob er gegenüber seinen Mitgesellschaftern nur in beschränkter Weise haftet, — darauf soll es nicht ankommen, sondern allein darauf, ob er den Dritten gegenüber unbeschränkt haftbar ist oder aber nicht. Wir werden dann später sehen, in welchen Fällen Beides eintritt.

Das deutsche Gesetz (Art. 85) nimmt eine offene Handelsgesellschaft an, „wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.“ Diese Definition ist nicht fest genug auf ein Prinzip gebaut. Was unter „Betheiligung“ gemeint ist, weiss man nicht recht; es liegt in dem Worte unausgeschieden das Verhältniss gegen Innen und das gegen Aussen, ohne dass man erkennt, was entscheidend sein soll. Dadurch entsteht eine Lücke; man weiss nämlich nicht, ob der Gesellschafter, der sich seinen Mitgesellschaftern gegenüber nur mit einer Vermögenseinlage betheiligen, gegen Aussen aber voll haften will, als ein

Kollektivgesellschafter anzusehen ist. Endlich ist möglich, dass ein Gesellschafter, dessen Vermögenseinlage 10,000 beträgt, gegenüber Dritten mit 30,000 zu haften sich erklärt. In diesem Falle ist seine Betheiligung nicht auf die Vermögenseinlage beschränkt; soll aber darum ein solcher Gesellschafter als ein Kollektivgesellschafter angesehen werden? Es würde dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen, aber gewiss nicht auch dem Geiste desselben. Es ist klar, dass hier der Mangel an exakter Ausscheidung der zwei Gesichtspunkte in der Gesellschaft Verirrung gebracht hat, während das einfache Prinzip der Haftbarkeit gegen Aussen dieselbe zu lösen im Stande ist. Auf eben diesem Wege gelangt der schweizerische Entwurf auch zu einer leichten und doch prinzipiellen Unterscheidung der verschiedenen Formen der Handelsgesellschaft: eine Kollektivgesellschaft ist vorhanden bei unbeschränkter Haftung aller Gesellschafter gegenüber von Dritten, eine Kommanditgesellschaft bei unbeschränkter Haftung der einen Gesellschafter und beschränkter Haftung der Andern; eine Aktiengesellschaft bei einer auf das Aktienkapital beschränkten Haftung, und endlich eine Kommanditgesellschaft auf Aktien bei einer Haftung des Aktienkapitals und unbeschränkter Haftung einzelner Gesellschafter. Die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung aber ist nur eine uneigentliche Gesellschaft, da es sich bei derselben nicht um den Betrieb eines Gewerbes handelt.

Da, wo ein einfaches Prinzip zu Grunde liegt, wie bei unserm Begriff der Kollektivgesellschaft, ist auch in der Regel die Anwendung nicht schwer. Es muss sich fragen, in welchen Fällen die unbeschränkte Haftbarkeit eines Gesellschafters eintritt und dies beantwortet sich gemäss der Natur der Sache hauptsächlich nach der Stellung, welche

der Kollectivgesellschafter nach Aussen eingenommen hat. Ist daher ein Gesellschafter als Kollectivgesellschafter in das Handelsregister eingetragen, so ist er ein solcher und haftet als solcher und zwar auch dann, wenn er nach Inhalt des Gesellschaftsvertrages nur als Kommanditär anzusehen wäre. Dies gilt aber auch dann, wenn ein Gesellschafter nude crude, ohne Bezeichnung als Kollectivgesellschafter, aber auch ohne irgend eine Beschränkung oder Bezeichnung als Kommanditär einregistrirt worden ist. Die unbeschränkte Haftung wird also zu Gunsten von dritten Personen als die Regel betrachtet und eine Beschränkung durch den Gesellschaftsakt hat diesen gegenüber keine juristische Wirkung. (Art. 52). Einen fernern wirksamen Schutz gegen Täuschungen gewährt den Dritten der zweite Satz des Art. 52, nach welchem auch „jeder Gesellschafter, dessen Name in der Firma der Gesellschaft steht"*), als unbeschränkt haftbarer Kollektivgesellschafter angesehen werden soll und in gleicher Weise die Bestimmung des Art. 106, zweiter Satz. Wenn endlich die Gesellschaft überhaupt oder ein einzelner Gesellschafter in keiner Weise in das Handelsregister eingetragen ist, so muss der Inhalt des Gesellschaftsvertrages entscheidend sein: wer sich in diesem ausdrücklich oder stillschweigend unbeschränkt haftbar erklärt, der ist es auch Dritten gegenüber und also ein Kollektivgesellschafter. Die Registrirung ist kein essentiale, weder für die Gesellschaft, noch für den einzelnen Gesellschafter. (Art. 49.)

*) Dahin muss der Wortlaut des Art. 52, Alinea 2 verändert werden.

Geschäftsführung. Der schweizerische Entwurf ist hier in der Hauptsache dem französischen Recht gefolgt. Es versteht sich von selbst, dass hier das Gesetz nur subsidiären Karakter hat und also die Vertragsbestimmungen überall vorgehen. Fehlen aber diese, so entscheidet das französische Recht im praktischen Interesse des Geschäftsbetriebes: es kann jeder Geschäftsführer (und beim Schweigen des Vertrages ist es ein jeder Gesellschafter) frei handeln, jeder andere Geschäftsführer aber auch sein „Veto administratif" erheben. In diesem Widerstreite soll nach der Ansicht der französischen Juristen jede Handlung unterbleiben, so oft die Mehrheit der Geschäftsführer mitprotestirt, während nach dem schweizerischen Entwurf in einfacherer Weise nach erhobenem Widerspruch die Mehrheit der Geschäftsführer sich für die Vornahme der Handlung erklären muss.

Der Majoritätsbeschluss ist der Sache durchaus angemessen und es ist eine Täuschung, zu glauben, es liege darin eine Verletzung der Rechte des einzelnen Gesellschafters. Die Gesellschaft ist ja gerade eine Vereinigung zu gemeinsamer, einheitlicher Geschäftsführung, bei der der Wille und die Einsicht des Einzelnen nicht massgebend sein sollen. Gerade für die Geschäftsführung bedarf es der Einheit in der Gesellschaft und dieselbe müsste bald erlahmen, wenn jede Handlung durch ein willkührliches Veto eines einzelnen Gesellschafters definitiv gehindert werden könnte. Selbst beim ideellen Miteigenthum lassen einzelne Gesetze die Mehrheit der Antheile entscheiden und um wie viel mehr muss diess bei einer Handelsgesellschaft gelten, deren Aufgabe nicht im Bewahren eines ruhenden Zustandes (wie beim Miteigenthum), sondern in der Vornahme neuer Geschäfte besteht und ohne diese nothwendig zu Grunde gehen muss! Es ist ganz un-

richtig, dass die Zulassung eines Mehrheitsbeschlusses die Theorie von der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft voraussetzt. Denn Niemand bestreitet ja, dass den Gesellschaftern selbst freisteht, im Vertrage zu conveniren, dass die Mehrheit entscheiden soll. Und nun handelt es sich hier um nichts Anderes, als um eine gesetzliche Präsumption über den wahrscheinlichen Vertragswillen. Dasselbe Prinzip des Mehrheitsbeschlusses, das übrigens dem gewöhnlichen Denken so nahe liegt, finden wir auch im neuen Bündnergesetz (§ 442), in den Civilgesetzen von Solothurn (§ 1197) und Bern (§§ 879 und 396).

Das Zürchergesetz dagegen schliesst absolut (es scheint sogar mit Ausschluss eines abweichenden Vertragswillens) alle Mehrheitsbeschlüsse ausdrücklich aus und verlangt die Uebereinkunft sämmtlicher Gesellschafter (§ 1286). Dadurch wird aber dieses Gesetz zu einem Systeme gedrängt, welches der freien Individualität des Gesellschafters viel näher tritt, als ein Mehrheitsbeschluss. Es soll nämlich ein einzelner Gesellschafter seine persönliche Meinung mit Hülfe des Richters der Gesellschaft octroyiren können; es soll beim Widerstreit der Meinungen nicht die Mehrheit der Interessen und der Einsicht in der Mitte der Gesellschaft selbst entscheiden, sondern es soll die richterliche Entscheidung herbeigerufen werden können. Wir verwerfen eine jede solche Einmischung des Richters in Dinge, wo Nichts zu richten ist, und des Staates, wo das individuelle oder Assoziations-Leben Kraft genug hat, sich selbst zu helfen.

Nach dem deutschen Gesetze endlich kann in der Regel jeder Geschäftsführer frei handeln; erhebt aber ein anderer Geschäftsführer Widerspruch gegen die Vornahme einer Handlung, so muss dieselbe unterbleiben (Art. 100).

Gegen diese Lösung der Frage haben wir uns schon oben ausgesprochen.

Berechnung und Vertheilung von Gewinn und Verlust. Es wird wohl selten ein Gesellschaftsvertrag vorkommen, in welchem über die Vertheilung von Gewinn und Verlust Nichts bestimmt ist. Häufig wird dagegen über die Berechnung von Gewinn und Verlust Nichts convenirt. Es ist also in dieser Beziehung das subsidiäre Gesetz von entschieden praktischer Bedeutung und mit der Berechnung hängt hinwieder das System der Vertheilung selbst zusammen.

Welches nun das vorzüglichere System sei, ist prinzipiell schwer oder gar nicht zu beantworten. Es handelt sich dabei um eine Interpretation des präsumptiven Willens der Convenienten und nun sind die Verhältnisse der einzelnen Gesellschaften so verschieden, dass eigentlich jedes gesetzliche Theilungssystem, es mag noch so gut ersonnen sein, in tausend Fällen der wahren Absicht der Gesellschafter nicht entspricht. Bei dem einen Geschäft spielt das Kapital die Hauptrolle und es ist billig, dass der Gewinn nach der Geldeinlage vertheilt werde. Bei einem andern Geschäft dagegen sind Genie, Kredit, Ausdauer und Aufmerksamkeit die wesentlichen Faktoren, und es erscheint das Kopftheilungssystem als das entsprechende. Würde nicht zu viel Streit daraus entstehen, so wäre das Beste, in jedem einzelnen Fall das Ermessen des Richters walten zu lassen. Der Code civil (Art. 1853) vertheilt Gewinn und Verlust ohne Unterscheidung im Verhältniss der von den Gesellschaftern gemachten Einlagen. Es ist klar, dass dadurch das Kapital viel zu stark bevorzugt ist und am deutlichsten zeigt sich die Schwäche

und Unrichtigkeit dieses Systems in der Bestimmung, dass der bloss arbeitende Gesellschafter so viel Gewinn ziehen soll, als der Gesellschafter mit der schwächsten Einlage. Das ist ein Lückenbüsser, aus der Luft des Zufalls gegriffen. Mit Recht haben daher die neuern Gesetze dieses Prinzip verlassen und theilen nach Köpfen. Im Zweifel ist es immer das Wahrscheinlichere, dass die Gesellschafter, die über die Theilung von Gewinn und Verlust nichts bestimmen, mit gleichen Leistungen und Erwartungen, auf dem Fusse der Gleichheit in die Gesellschaft eingetreten sind, widrigenfalls der höher Berechtigte seine bessern Rechte geltend gemacht haben würde. Die Gleichheit ist immer das Einfachste und darum das Zunächstliegende und Vorausgesetzte. Sie ist darum auch Prinzip in dem schweizerischen Entwurf.

Das Prinzip der Gleicheit hat dann aber durch eine kaufmännische Usanz über die Art der Berechnung eine Milderung zu Gunsten des Kapitals erhalten, welche, wie in das deutsche Gesetz, so auch in unsern Entwurf übergegangen ist. Es sollen jedem Gesellschafter von seinem Antheile am Gesellschaftskapitale Zinsen zu vier vom hundert gutgeschrieben werden und erst, wenn diese Zinse gedeckt sind, ist von einem zu vertheilenden Gewinn die Rede. Ja es sollen diese Zinsen so vollständig als Gesellschaftsschuld betrachtet werden, dass durch sie auch Verlust gebildet oder wenn ohnedies schon Verlust vorhanden ist, derselbe vermehrt wird. Diese Art der Berechnung von Gewinn und Verlust stimmt mit dem kaufmännischen Usus überein, welcher soweit geht, dass selbst der Einzelkaufmann bei seiner Geschäftsrechnung sich von dem Kapital, das er in das Geschäft geworfen hat, Zinsen gut schreibt. So wird dann auch die Einlage des Gesellschafters wie ein Dar-

lehen an die Gesellschaft betrachtet. Diese ist Schuldnerin und man darf nicht von Gewinn sprechen, bevor sie das Darlehen verzinset hat.

Es lässt sich nicht leugnen, dass diese Art der Berechnung einem weitverbreiteten Gedanken in der kaufmännischen Welt entspricht und das durch die gleiche Vertheilung von Gewinn verletzte Kapital berücksichtigt. Allein anderseits ist damit in tausend Fällen der bloss arbeitende Gesellschafter des Lohnes seiner Arbeit beraubt; das Kapital steckt seine Zinsen ein und die Arbeitskraft, das Talent nnd der Fleiss, welche zu dieser Rente des Kapitals verholfen haben, gehen leer aus. Das ist um so unbilliger, als das Kapital seine Zinsen nicht bloss so vorwegnimmt, dass der Gewinn kleiner wird oder ganz verschwindet, sondern selbst so, dass dadurch der Verlust vergrössert oder gebildet wird. Dadurch ist das Gleichgewicht zwischen Kapital und Arbeit gestört und es hat darum unser Entwurf den Versuch gemacht, der Arbeit ein die Kapitalzinsen ausgleichendes Aequivalent zu verleihen. Es soll nämlich nach Art. 63, wie dem Kapitaleinleger seine Zinsen, in entsprechender Weise auch jedem arbeitenden Gesellschafter ein angemessenes Honorar gutgeschrieben werden und es ist vor Deckung desselben kein Gewinn vorhanden und der Verlust wird durch dasselbe vermehrt oder gebildet. Diese Bestimmung ist natürlich nur da pracktisch, wo nicht schon ein Honorar ausdrücklich bedungen ist.

Haftung für die Gesellschaftsschulden. Es ist eine für den Kredit der Kollektivgesellschaft entscheidende Bestimmung, dass für die Schulden der Gesellschaft nicht bloss das Vermögen der letztern, sondern auch die einzelnen Gesellschafter und zwar nicht bloss pro rata, sondern in solidarischer Weise haftbar sind. Dies beweist, dass bei der Kollektivgesellschaft immerhin die einzelnen Gesellschafter das wahre Substrat derselben bilden. Das individuelle Element ist trotz der juridisch äussern Einheit das beherrschende. Die Einheit ist eine nur provisorisch und künstlich gestaltete. Die einzelnen Gesellschafter sind die wahren Träger der Einheit; auf sie stützt sich der Kredit der Gesellschaft, weil in letzter definitiver Reihe sie selbst die Gesellschaftsschuldner sind.

Davon ist nun aber die Zeit zu unterscheiden, in welcher die Gesellschaft noch aufrecht steht. Da gilt nur sie selbst als Schuldnerin; sie hat die Schulden kontrahirt; ihr ist zu dem Zweck Handlungsfähigkeit verliehen worden; sie hat einen besondern Namen erhalten und unter diesem ist gehandelt worden. Damit in Zusammenhang erscheint uns aber auch der Satz, dass in der Regel der einzelne Gesellschafter für eine Gesellschaftschuld erst dann persönlich belangt werden kann, wenn gegen die Gesellschaft Konkurs eröffnet ist. Das allein ist kaufmännischem Glauben entsprechend. Oder soll ich willkürlich einen einzelnen Gesellschafter, der vielleicht der Geschäftsführung ganz ferne steht, um eine Gesellschaftsschuld angreifen dürfen, nachdem ich doch nicht mit ihm, sondern mit der Firma gehandelt habe? Oder vielleicht einen Ausländer, der sich hier auf Reisen befindet, für die Schulden einer ausländischen Gesellschaft? Nein! denn ich habe mit der ausländischen Gesellschaft kontrahirt und damit auch ihren Sitz als

ihren Gerichtsstand angenommen. Man hat sich dagegen auf das Verhältniss der Bürgschaft berufen und die Gesellschafter wegen ihrer subsidiären Haftung mit Bürgen verglichen. Allein es ist diess eine Vergleichung ohne juristischen Werth, da den beiden Instituten nicht der gleiche Gedanke zu Grunde liegt: denn bei dem Bürgschaftsverhältniss sind es nicht die Bürgen, welche definitiv und in letzter Linie eine Schuld zu tragen haben, wohl aber sind es bei der Kollektivgesellschaft die einzelnen Gesellschafter. Wir fügen endlich bei, dass es jedenfalls auch im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit ist, wenn bis zum Gesellschaftskonkurs nur die Gesellschaft selbst belangt werden kann und nicht auch die einzelnen Gesellschafter; denn mehrfache Klagen müssten sowohl belästigend, als verwirrend sein.

Ist aber einmal gegen die Gesellschaft Konkurs eröffnet, da löst sich die Fiktion der juristischen Einheit der Gesellschaft wieder auf und der Moment ist da, die Klagen gegen die einzelnen Gesellschafter, die wahren Träger jener Einheit, zuzulassen. Dem Konkurs der Gesellschaft ist auch billigerweise der Fall an die Seite gestellt, wo die Gesellschaft zahlungsunfähig oder nicht erreichbar ist. Ist z. B. von einer ausländischen Gesellschaft Nichts einzutreiben und auch keine Konkurserklärung erhältlich, so soll dann allerdings der einzelne Gesellschafter, der z. B. in unserem Lande persönlich niedergelassen ist, für die Gesellschaftschulden belangt werden können. (Art. 71 und 72.)

Davon schliesst sich die Frage der Haftung eines neueintretenden Gesellschafters. Nach dem zürcherischen Gesetzbuch (§ 1299) und eben so nach dem deutschen Handelsgesetz (Art. 113) haftet der neueintre-

tende Gesellschafter in solidarischer Weise für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten. Dieser Grundsatz wollte aus der juristischen Natur der modernen Handelsgesellschaft hergeleitet werden. Bluntschli sagt: „die Gesellschaftsfirma bezeichnet die Fortdauer des Ganzen und wie dieses haftet, so müssen auch alle darin umschlossenen Individuen mithaften". Dieser Schluss ist nicht gerechtfertigt: es ist wohl zu unterscheiden zwischen der Haftung des Gesellschaftsfonds und der subsidiären Haftung der einzelnen Gesellschafter. Der Gesellschaftsfond bildet allerdings eine Einheit und haftet als Ganzes fort, so oft auch der Bestand der Gesellschaft durch Eintritt und Austritt wechselt, also auch mit der Einlage von neuen Gesellschaftern. Dagegen ist die Haftung der einzelnen Gesellschafter persönlicher Natur; sie bedeutet eben das individuelle Element in der Kollektivgesellschaft und soll nicht beherrscht sein durch Grundsätze, die aus dem Prinzip der juristischen Einheit hergeholt sind. Damit stimmen auch die meisten wissenschaftlichen Autoritäten überein. (Thöl, Goldschmidt u. A.)

Auf der andern Seite aber scheint nach den Aeusserungen bei den gesetzgeberischen Berathungen in Zürich und in Nürnberg die kaufmännische Anschauung allerdings dahin zu gehen, dass der neue Gesellschafter auch persönlich als Schuldner für die frühern Verpflichtungen der Gesellschaft zu betrachten ist. Es ist ferner auch einleuchtend, dass dieses Prinzip grosse praktische Vortheile hat: der Kredit der Gesellschaft ist erhöht, weil das Verhältniss zu den Gläubigern einfacher und klarer sich gestaltet. Es kann nicht das Missverhältniss entstehen, dass ein Gesellschaftsgläubiger nur noch ausgetretene, aber keinen wirklichen Gesellschafter mehr zu Garanten seiner Gesell-

schaftsforderung besitzt. Diese Gründe und die Existenz einer kaufmännischen Uebung rechtfertigen es, wenn das Gesetz die Präsumption aufstellt, es habe der neue Gesellschafter auch die alten Schulden mitübernehmen wollen, wie sich dies im Art. 73 des schweizerischen Entwurfs ausgedrückt findet.

Wenn nun aber das deutsche und das zürcherische Gesetz den Grundsatz als unabänderlich hinstellen, so erblicken wir hierin einen exorbitanten Eingriff in die Freiheit der Association. Es kann genug Verhältnisse geben, in denen ein Kaufmann einer Gesellschaft beitreten will, ohne aber damit auch für die Vergangenheit der Gesellschaft, die ihm nicht klar genug ist, einstehen zu wollen. Jener Zwang wird also entweder zur Folge haben, dass der Beitritt nicht geschieht oder dass dann dem neuen Gesellschafter Verbindlichkeiten erwachsen, die er nicht genau kennt und mit denen er von Anfang an nichts zu schaffen hatte. Mit ebensoviel Grund könnte das Gesetz vorschreiben, dass der Kaufmann, der dem Geschäfte eines Andern beitritt und mit ihm eine Gesellschaft bildet, für die alten Geschäftsschulden persönlich mithaften muss. Wenn demnach durch das deutsche System dem neuen Gesellschafter eine Haftpflicht aufgezwungen wird, so sind auf der andern Seite auch nicht etwa wohlbegründete Rechte der Gesellschaftsgläubiger in Frage. Es können diese Letztern doch unmöglich die Haftung eines neuen Gesellschafters beanspruchen, auf die sie bei Erwerbung ihrer Forderung noch gar nicht gerechnet haben. Sowie auf der einen Seite dem Gläubiger der Gesellschaft ein austretender Gesellschafter haftbar bleibt, so ist auf der andern an und für sich ein Anspruch gegen den neu eintretenden nicht begründet. Nach unserm Entwurf (Art. 75) soll dem Gesagten ent-

sprechend der neue Gesellschafter zwar in der Regel auch für die frühern Schulden haftbar sein. Eine entgegenstehende Vertragsbestimmung ist aber darum nicht ausgeschlossen und rechtskräftig, wenn sie in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Was den Austritt eines Gesellschafters betrifft, so gilt für dessen Haftung für die Gesellschaftsschulden ein einfaches Prinzip: er haftet so lange fort, bis er von dem Gesellschaftsgläubiger in irgend einer Weise entlassen ist. Damit stimmen auch das deutsche und einzelne schweizerische Gesetze überein. Das Zürchergesetz (§ 1300) dagegen schreibt vor: „Wenn ein Gesellschafter austritt, aber die Firma fortgesetzt wird und hievon den Gesellschaftsgläubigern die gehörige Anzeige gemacht worden, so ist anzunehmen, jener werde seiner Haft entlassen, insofern diese ungeachtet der Veränderung ihrer Forderung ohne Vorbehalt der Firma weiter kreditiren." Wir halten aber diese Bestimmung, nach welcher aus dem blossen Stillschweigen und Weiterkreditiren auf die Verzichtleistung auf ein wohlbegründetes Recht geschlossen werden soll, für sehr bedenklich. Für eine solche Präsumption des Gesetzes besteht keine kaufmännische Uebung und wenn der Austretende ein grosses Interesse daran hat, befreit zu werden, so sollte es ihm nicht schwer sein, dies in anderer Weise zu erreichen. (Vergl. Solothurner-Gesetz § 1207, 1214 und 1215 und das Bündner-Gesetz § 444.)

Konkurs der Kollektivgesellschaft. Die Frage des Gesellschaftskonkurses ist eine so schwierige, dass die Lösung derselben im schweizerischen Entwurf zu zwei verschiedenen Vorschlägen geführt hat. Der eine Vorschlag, im ordentlichen Text des Entwurfes (Art. 75 und 76) enthalten, ist der offizielle Vorschlag der Kommission und reproduzirt ein System, das, unmittelbar aus dem französischen Gerichtsgebrauche herstammend, auch in neuern Gesetzgebungen, besonders im Zürcher-Civilgesetz und im deutschen Handelsgesetz adoptirt worden ist. Der zweite Vorschlag findet sich in den Art. 75 und 76 der Anmerkung und ist ein selbstständiger Vorschlag des Redaktors, den derselbe hier um der Wichtigkeit der Frage willen zu vertheidigen unternimmt. Es muss hiebei noch ausdrücklich erwähnt werden, dass sich bei der ersten Berathung und Abstimmung der Kommission eine Mehrheit für den Vorschlag des Redaktors ergeben hat, welche bei der zweiten Berathung nur darum zur Minderheit geworden ist, weil einzelne Mitglieder die Befürchtung hatten, mit dem neuen System gegenüber von bereits Eingelebtem nicht durchzudringen. Es soll nun unsere Aufgabe sein, die verschiedenen Konkurssysteme, soweit die Annahme derselben in Frage kommen kann, einer Prüfung zu unterwerfen.

1. Das ältere oder gemeinrechtliche System, das auch heute noch von den bedeutendsten Rechtslehrern Deutschlands vertheidigt wird, kennt keinen besondern Konkurs der Gesellschaft, sondern nur einen Konkurs der einzelnen Gesellschafter. Das gesammte Vermögen eines Solchen haftet ohne Rücksicht auf seine Bestandtheile für die Gesellschaftsschulden,

wie für seine Privatschulden. Sein Antheil am Gesellschaftsvermögen bildet mit seinem übrigen Vermögen eine und dieselbe Masse und es besteht danach weder für die Gesellschaftsgläubiger auf die Gesellschaftsaktiven, noch für die Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter auf dessen Privatvermögen irgend eine vorzugsweise Berechtigung.

Der schwierige Punkt ist bei diesem System die Bestimmung des Gesellschaftsantheils eines jeden Gesellschafters. Das Recht an den gemeinschaftlichen Sachen und den gemeinschaftlichen Forderungen, also sämmtliche Aktiven, welche sowohl von den Beiträgen der Gesellschafter, als von den Geschäften herrühren, sollen nach den Gesellschaftsantheilen der einzelnen Gesellschafter getheilt werden. Mit Recht sagt Hahn in seinem Kommentar zum deutschen Gesetz (pag. 263 u. f.), dass hierbei gerade die Hauptfrage, welches der Gesellschaftsantheil eines jeden Gesellschafters sei, meistens gar nicht beantwortet werde, weil man die Beantwortung für selbstverständlich halte oder annehme, dass sie sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe. Eine passende Lösung dieser Frage ist namentlich schwierig, wenn die Kapitalkonti der einzelnen Gesellschafter theils positive, theils negative Grössen sind. Es liegt auf der Hand, dass es absurd ist, den Gesellschaftsfond zwischen einem Gesellschafter, dessen Kapitalkonto 50,000 beträgt, und einem andern Gesellschafter, dessen Einlage durch seine Verlustantheile und seine Vorauserhebungen mehr als aufgezehrt ist, und auf dessen Kapitalkonto also minus steht, gleichmässig zu vertheilen. Das Resultat einer solchen Theilung würde namentlich eine exorbitante Benachtheiligung der Ansprüche der Privatgläubiger des ersten Gesellschafters zu Gunsten der

Gläubiger des letztern sein. Um ein solches Resultat zu vermeiden, hat bei der Berathung eines Gesetzesentwurfes über den Gesellschaftskonkurs im Kanton Glarus (1862) Herr Trümpi, Handelsmann daselbst, ein System vorgeschlagen, nach welchem die Masse eines jeden Gesellschafters den Kapitalkonto dieses letztern vorwegnimmt und erst nach dieser Vorwegnahme die Gesellschaftsaktiven unter die sämmtlichen Konkursmassen der Gesellschafter getheilt werden.

Es mag hier der geeignete Ort sein, das in weitern Kreisen nicht bekannte Trümpische System durch das eigene Beispiel seines Urhebers zu verdeutlichen:

Die Gesellschaft besteht aus zwei Gesellschaftern A und B. Beim Ausbruch des Konkurses finden sich

an Passiven der Gesellschaft . . .	150,000
an Aktiven	93,000
Das Defizit beträgt also . . .	57,000.

Dieses Defizit ist den beiden Gesellschaftern auf ihren Kapitalkonti zu belassen, und zwar einem Jeden zur Hälfte, also mit 28,500.

Nun weist die Kapitalrechnung des A ein Guthaben

auf im Betrage von	60,000
Davon geht ab sein Antheil am Defizit mit	28,500
Das Guthaben des A beträgt also noch	31,500.

Die Kapitalrechnung des B weist dagegen ein Debet

auf von	6,000
dazu sein Antheil am Defizit mit . .	28,500
es ergiebt sich also für ihn ein debet von	34,500.

Bevor nun eine Theilung der in der Gesellschaft vorhandenen Aktiven stattfindet, wird das Guthaben des A im Betrage von 31,500 abgerechnet; es verbleiben demnach noch als zu vertheilende Gesellschaftsmasse: 61,500.

Nun bilden sich zwei Separatmassen des A und B.

1. Separatmasse des B.

An Aktiven sind vorhanden:

a.	die Hälfte der zu vertheilenden Gesellschaftsaktiven (61,500) im Betrag von . . .	30,750
b.	Privatvermögen des B	20,000
		50,750
	Davon geht ab die Hälfte des Frauengutes (10,000), da die Frau diese Hälfte vorwegbezieht; daher	— 5,000
	Es verbleiben demnach als Summe der Aktiven der Separatmasse B . .	45,750

Die Passiven dagegen betragen:

a.	Forderungen der Firmagläubiger . .	150,000
b.	Forderungen der Privatgläubiger des B	6,000
c.	Guthaben des Mitgesellschafters A .	17,250
	in Summa	173,250

Das Guthaben des A in dem Konkurse des B rührt von dem debet auf dem Kapitalkonto des B her. Dasselbe beträgt 34,500 und davon erscheint nun die Hälfte als Guthaben des A mit 17,250. Denn würden sich die 34,500 in der Gesellschaftsmasse befinden, so würden auch sie zwischen A und B getheilt und also die Masse des A um die Hälfte reicher sein.

Da nun in der Separatmasse des B die Aktiven 45,700, die Passiven dagegen 173,250 betragen, so ergiebt sich eine Zutheilung von 26½ %.

2. Separatmasse des A.

Die Aktiven betragen:

a.	Guthaben bei der Gesellschaft . .	31,500
b.	Hälfte der Gesellschaftsaktiven . .	30,750
c.	Guthaben bei der Separatmasse B (17,250), wovon 26½ % zugetheilt werden .	4,570
	in Summa	66,820.

Die Passiven dagegen betragen:

a.	Forderungen der Firmagläubiger . .	150,000
b.	Forderungen der Privatgläubiger des A	20,000
c.	Frauengut	10,000
	in Summa	180,000.

Die Vertheilung der Aktiven der Masse A ergiebt sonach 36 %.

Aus beiden Massen zusammen erhalten die Gesellschaftsgläubiger statt 150,000 eine Summe von 93,750 oder 62½ %.

Dieses System hat unzweifelhaft einen guten Kern; der Grundgedanke, der dasselbe in Ausführung des ältern Prinzips der Privatkonkurse ohne Gesellschaftskonkurs leitet, ist als wahr und gerecht anzuerkennen. Es hat aber bereits Professor Fick in Zürich mit Recht aufmerksam gemacht, dass auch mit diesem Systeme ein

Prinzip dafür noch nicht gefunden ist, zu welchen Quoten das nach der Vorwegnahme übrig bleibende Aktivum der Gesellschaft unter die Gesellschafter vertheilt werden soll. Wenn für Gewinn und Verlust Kopftheile verabredet sind, so versteht sich eine gleichmässige Theilung der Aktiven wie von selbst. Sobald aber Gewinn- und Verlustantheile in anderer Weise convenirt sind, und besonders wenn für die Gewinntheilung eine andere Quote bestimmt ist, als für den Verlust, so fehlt die leitende Idee vollständig und jede Entscheidung, sie mag so oder anders lauten, ist reine Willkühr.

Gerade dieser Mangel bekundet eine Schwäche in der Grundlage des ältern Systems der Privatkonkurse. Niemand weiss zu sagen, wie das Gesellschaftsvermögen in die Separatmassen der einzelnen Gesellschafter auseinanderfallen soll. Dies aber weist deutlich darauf hin, dass es vielmehr in der Natur der Sache liegt, wenn eine Gesellschaft, nachdem sie ein selbstständiges Leben hinter sich hat, auch durch einen besondern Gesellschaftskonkurs zu Ende geführt wird. Das Gesellschaftsvermögen ist von dem Vermögen der Gesellschafter gesondert, ist eine Einheit für sich, und darum soll denn auch das endliche Schicksal desselben einen gesonderten Verlauf nehmen. Es ist auch der Natur der Sache entsprechend, dass eine Gesellschaft in Konkurs gerathen kann ohne Konkurs der einzelnen Gesellschafter. Es haften allerdings diese Letztern für die Gesellschaftsschulden; aber ihre Haftung ist subsidiärer Natur und es soll darum einem zahlungsfähigen Gesellschafter frei stehen, weitere Zuschüsse an die Gesellschaft zur Rettung ihrer Existenz zu verweigern. Es liegt in der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages durchaus Nichts, was dieser Freiheit widerspricht. Es hat sich der Gesellschafter aller-

dings verpflichtet, mit seinem ganzen Privatvermögen für die Schulden der Gesellschaft einzustehen; allein darin liegt noch keine Verpflichtung, die Gesellschaft so lange aufrechtzuerhalten, als er selbst noch persönlich zahlungsfähig ist. Aus dem Gesagten erhellt, dass ein Konkurs der Gesellschaft, selbstständig von dem Konkurs der einzelnen Gesellschafter, begründet ist, und es wird sich dann fragen, ob es möglich ist, trotz Annahme eines Gesellschaftskonkurses die falschen Konsequenzen, die daraus gezogen worden sind, zu vermeiden und die guten Elemente des Trümpi'schen Systems zur Anerkennung gelangen zu lassen.

2. Ein zweites System ist das der englischen und amerikanischen Praxis, das übrigens auch in der Hamburger-Fallitenordnung von 1753 anerkannt und in dem neuen deutschen Handelsgesetz (Art. 122) wenigstens zugelassen ist. Nach diesem System soll nicht bloss ein besonderer Gesellschaftskonkurs stattfinden, sondern es sollen die Masse der Sozietät und die Massen der einzelnen Gesellschafter strikt von einander geschieden sein, und zwar so, dass die Sozietätsgläubiger zum voraus aus der Sozietätsmasse und dem entsprechend die Privatgläubiger der einzelnen Sozietäre aus den Massen der letztern zum voraus ihre Befriedigung suchen können. Also hier Privilegium und dort Privilegium! Dieses System ist zwar in sich konsequent; es fälscht aber die wahren Grundbegriffe der Kollektivgesellschaft. Diese beruht auf dem Kredit der einzelnen Gesellschafter, auf ihrer ökonomischen und selbst moralischen Persönlichkeit. Es muss desshalb die Haftung jedes Gesellschafters eine Wahrheit sein, ungeschmälert und klar; sie wäre dies aber nicht mehr, wenn das

Gesetz den Privatgläubigern des Gesellschafters ein Vorzugsrecht auf sein Privatvermögen ertheilen würde. So lange also unser Recht den jetzigen Begriff der Kollectivgesellschaft festhält, ist jenes System innerlich unvereinbar mit derselben.

Gleichwohl hat das d e u t s c h e G e s e t z im Art. 122 (zweiter Satz) den Landesgesetzen gestattet, zu bestimmen, „ob und wie weit den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht." Wir fassen diese Bestimmung, von der übrigens nur in wenigen Staaten Gebrauch gemacht worden ist, als einen Versuch auf, das Unrecht, das den Privatgläubigern durch das Vorzugsrecht der Sozietätsgläubiger im Gesellschaftskonkurs angethan worden ist, durch Gestattung eines analogen Vorzugsrechts wieder gutzumachen.

3. Endlich richtet sich unsere Kritik auch gegen das System, das im Texte des schweizerischen Entwurfes seinen Ausdruck gefunden hat: D i e G l ä u b i g e r d e r G e s e l l s c h a f t w e r d e n a u s d e m V e r m ö g e n d e r s e l b e n a b g e s o n d e r t u n d z u m v o r a u s b e f r i e d i g t, so dass den Privatgläubigern nur ein allfälliger Ueberschuss zu gute kommt. Ferner haben die Gesellschaftsgläubiger für so viel, als sie in der Konkursmasse der Gesellschaft nicht Deckung finden, Anspruch gegen die einzelnen Gesellschafter, und zwar in Konkurrenz mit den Privatgläubigern der letztern.

Dieses System ist dasjenige der f r a n z ö s i s c h e n J u r i s p r u d e n z. Gerichtspraxis und die Vertreter der Wissenschaft, wie Troplong, Pardessus, Fremery, Alauzet u. A. erklären sich übereinstimmend für das Privilegium

der Gesellschaftsgläubiger. Unrichtig ist aber, wenn dieser Gerichtsgebrauch auf das Gesetz gestützt werden soll. Dies erkennt auch Bravard wenigstens für die société civile an, und jedenfalls hat das wissenschaftliche Motiv, das die französischen Juristen stets an die Spitze stellen, nämlich die juristische Persönlichkeit der Gesellschaft, im Code civil gar keinen Anhaltspunkt. Der Art. 1849 C. c. spricht von den „engagements des associés à l'égard des tiers"; also ist selbst gegen Aussen nicht von einer société, sondern von einzelnen associés die Rede. Auch die oft allegirten Art. 1845, 1846, 1852 und 1860 sind nichts weniger als beweisend. Wenn dann aber für die juristische Persönlichkeit der société commerciale geltend gemacht wird, dass sie unter einer Firma erscheine, so wird dabei vergessen, dass auch der Einzelkaufmann unter einem Firmanamen handelt, ohne dass irgend Jemand daraus den Schluss zieht, es sei den Gläubigern aus seinem Handelsgeschäft darum ein Privilegium auf seinen Geschäftsfond einzuräumen. Wir bestreiten denn auch der französischen Doktrin die gesetzliche Grundlage und es haben übrigens auch französische Schriftsteller die Frage als kontrovers behandelt.

In Deutschland ist bis auf die neueste Zeit jenes Privilegium der Gesellschaftsgläubiger unbekannt gewesen. Erst die preussische Konkursordnung von 1855 ist der französischen Doktrin gefolgt und nun auch das neue deutsche Handelsgesetz. Dasselbe ist endlich auch mehr oder weniger ausdrücklich adoptirt durch die Gesetze der Kantone Bern (Satz 887), Solothurn (§ 1213), Zürich (§ 1305), Bünden (§ 441).

Auf der andern Seite ist es überraschend, mit welcher Uebereinstimmung und Entschiedenheit die meisten

Schrtftsteller Deutschlands diesem System entgegengetreten sind. Wir nennen Mittermaier, Pöhls, Wening-Ingenheim, Thibaut, Schweppe, Thöl, Treitschke, Goldschmidt, Auerbach.

Die Hauptrolle hat in dem Streit die Frage der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft gespielt. Ladenburg spricht sich in Goldschmidt's Zeitschrift (I., p. 135) für die Persönlichkeit der Gesellschaft aus und sagt: der eintretende Gesellschafter kann frei über sein Vermögen verfügen; er entäussert sich seiner Einlage, und so wie er selbst kein Recht mehr auf dieselbe hat, so haben auch seine Privatgläubiger keines mehr. Der Gesellschafter kann also frei einwerfen, sofern es nicht in fraudem creditorum geschieht.

Diese Argumentation ist falsch, weil sie von der falschen Voraussetzung ausgeht, der Gesellschafter wolle sich seiner Einlage entäussern. Der Gesellschafter will, statt allein für sich, mit Andern vereint ein Handelsgewerb betreiben. Zu dem Zwecke muss und will er sich mit Bezug auf seine Einlage seines Einzelwillens begeben, seine Befugnisse an die einheitlich organisirte Macht der Gesellschaft abtreten. Es muss in der Gesellschaft ein fester, rasch entschlossener Gesammtwille herschen, da die Zersplitterung der Meinungen eine gute Führung unmöglich macht oder dieselbe doch schwächt. Darum denn auch die Fiktion einer juristischen Einheit, welche Forderungen und Schulden hat und als Eigenthümerin in's Hypothekenbuch eingetragen wird. Nun aber frägt es sich, ob hier, nachdem erreicht ist, was die Natur der Verhältnisse erfordert, eine Gränze zu ziehen sei, oder ob der Begriff der juristischen Einheit auch das materielle Wesen der Gesellschaft und die

Rechte dritter Personen ergreift. Da haben sich einzelne Juristen von dem einmal gefundenen Wort „juristische Person" verleiten lassen, weiter zu gehen, als das individuelle Element der Kollectivgesellschaft gestattet.

Die Einheit der Gesellschaft ist ein provisorischer Zustand; die Vermögenseinlagen gelangen in eine Art gebundenen Zustand. Der Gesellschafter verliert seine Rechte an den einzelnen Vermögensstücken; dieselben fallen auch bei der Liquidation nicht individuell wieder an ihn zurück. (Art. 89). Aber darum verliert er nicht auch sein Recht auf seine Einlage, als Werth betrachtet, so wenig als die Frau, deren Vermögen provisorisch auf den Mann übergeht. Seine Einlagen bilden, soweit sie nicht durch seine Verlustantheile vermindert und also auf seinem Kapitalkonto abgeschrieben sind, stetsfort einen Theil seines Vermögens und darum auch einen Theil der Sicherheit für seine Privatgläubiger. Da liegt nun der Unterschied zwischen einer juristischen Person, die in That und Wahrheit eine innerlich selbstständige Existenz führt, mit einem Zwecke, der über die Zwecke der einzelnen Glieder hinausgeht, und einer juristischen Einheit, die nichts weiter ist, als eine äusserliche Fiktion zur Erleichterung der Geschäftsführung. Ihrem Inhalt nach ist die moderne Kollektivgesellschaft nichts anderes, als die alte römische societas; der alte Inhalt ist in eine neue Form gegossen. Die einzelnen Gesellschafter sind auch heute die wahren Träger des Geschäfts. Auf ihrem persönlichen Kredit beruht das Gedeihen des Ganzen; denn sie sind es, welche persönlich und solidarisch für alle Schulden der Gesellschaft haftbar sind. Die Privatgläubiger eines Gesellschafters müssen dulden, dass die Gesellschaftsgläubiger, wie sie selbst, auf das persönliche Vermögen ihres Schuld-

ners greifen und sie sollten nun nicht auch mit den Gesellschaftsgläubigern ein Recht auf die Gesellschaftseinlagen haben?

Eine gesunde Rechtsauffassung verbietet daher, das Privilegium der Gesellschaftsgläubiger in der unbedingten Art des deutschen Gesetzes anzuerkennen. Uebrigens zeigt schon das gewöhnlichste Beispiel, wie unbillig dasselbe ist und es hat eigentlich noch kein Vertheidiger desselben recht herzhaft das Gegentheil behauptet.

A und B treten zu einer Gesellschaft zusammen. A hat 60,000 Privatvermögen, nimmt noch vor Eingehung der Gesellschaft bei C ein Darlehen auf von 50,000 und macht nun eine Einlage in die Gesellschaft im Betrage von 100,000. B. hat 150,000 Privatvermögen und wirft 50,000 in den Gesellschaftsfond. Die Konkursmasse der Gesellschaft erzeigt an Aktiven 100,000 und an Passiven 200,000, also ein Defizit von 100,000. Nach dem System des deutschen Gesetzes nun soll das ganze Aktivum der Gesellschaft den Gläubigern derselben zufallen und dann konkurriren die noch nicht gedeckten Forderungen im Betrage von 100,000 im Konkurse des A und in dem Konkurse des B.

A hat in seinem Privatvermögen 10,000 an Mobiliar, sonst Nichts. Das Resultat ist, dass der Darlehensgläubiger C nicht nur mit andern Privatgläubigern, sondern mit den Gesellschaftsgläubigern für ihre restirenden 100,000 konkurriren muss, so dass er selbst dann, wenn gar keine andern Privatgläubiger da sind, für seine 50,000 nur 3333 erhält, während die Gesellschaftsgläubiger bereits 100,000 (50 %) erhalten haben und nun auch hier mit 6666 ausgewiesen werden.

Im Konkurse des B endlich zeigen sich 100,000 Privatvermögen und 50,000 Privatschulden. Mit den Privatgläubigern konkurriren die Gesellschaftsgläubiger mit 100,000 und erhalten also 66,666, während die Privatgläubiger 33,333.

Im Ganzen erhalten also die Gesellschaftsgläubiger für ihre 200,000 circa 173,000, während C von seinen 50,000 so zu sagen Nichts wiedersieht, obschon er durch sein Darlehen die Gesellschaft ermöglicht oder doch um so viel reicher gemacht hat und obschon er keineswegs die Absicht hatte, seine 50,000 der Gesellschaft zu schenken und ebensowenig, ein Glücksgeschäft zu machen, da er ja keinen Antheil am Gewinn hat.

Dieses System trägt also eine Unbilligkeit gegen die Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter in sich und es gesteht auch Hahn in seinem Kommentar zum deutschen Gesetz (p. 302), dass es nicht die Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger gewesen ist, welche zu dem System geführt hat. Wenn aber dieser Schriftsteller beifügt, dasselbe sei aus der Rücksicht auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander hervorgegangen, so entspricht das Resultat in sehr vielen Fällen auch dieser Rücksicht nicht. Es ist klar, dass für den Fall, wo der eine Gesellschafter A trotz seiner Schulden sein ganzes Vermögen, ein anderer Gesellschafter B sehr wenig in den Gesellschaftsfond einwirft, die Privatgläubiger des Erstern im Verhältniss zu den Privatgläubigern des Letztern in einem sehr unbillig ungünstigen Verhältnisse stehen. Die Privatgläubiger des A erhalten Nichts, während diejenigen des B in Konkurrenz mit den Gesellschaftsgläubigern für einen Theil ihrer Ansprachen befriedigt werden.

Sowohl der Schutz der Interessen der Privatgläubiger der Gesellschafter gegenüber den Societätsgläubigern, als die Rücksicht auf die Rechte jener Privatgläubiger unter sich haben uns bestimmt, das System des deutschen Gesetzes einer Revision zu unterwerfen, ohne jedoch mit dem Grundgedanken desselben zu brechen. Unser Vorschlag muthet der Handelswelt nicht zu, die fast überall eingedrungene Idee eines aparten Gesellschaftskonkurses wieder aufzugeben, sondern es soll nur in der Ausführung durch Hinzunehmen eines neuen, aber ganz einfachen Gedankens ein gerechtes und billiges Resultat gewonnen werden.

4. Wir haben uns schon oben dahin ausgesprochen, dass der Gesellschafter durch seine Einlage in die Gesellschaft nicht den Willen habe, seine Rechte auf ihren Werth preiszugeben. Was ist nun aber seine wahre Absicht? Er gibt seine individuelle Dispositionsbefugniss an den gesellschaftlichen Gesammtwillen auf. Aber noch mehr: er überlässt seine Einlage mit der Absicht, wie den ihm zufallenden Gewinn zu beziehen oder damit seine Einlage zu erhöhen, so auch den Verlust, der ihn trifft, von seiner Einlage abziehen zu lassen. Um so viel, als jeweilen sein Verlustantheil beträgt, verringert sich seine Einlage. Um so viel ist der Gesellschafter in That und Wahrheit ärmer geworden und zwar mit Recht auch gegenüber seinen Privatgläubigern. Diese haben also um so viel weniger Sicherheit für ihre Forderungen. Der Gesellschafter tritt der Gesellschaft gegenüber in die Stellung eines Gläubigers, dessen Forderung sich erhöht, wenn die Einlage durch Hinzuschlagen von Gewinn ver-

mehrt wird und die sich im Gegentheil vermindert, wenn die Einlage durch Abziehen von Verlustantheil kleiner wird. Mit dieser Auffassung stimmt die kaufmännische Anschauung genau überein: in einer Gesellschaft mit geordneter Komptabilität wird für jeden Gesellschafter ein Kapitalkonto geführt, in welchem jede Einlage desselben als ein Soll der Gesellschaft erscheint. Noch mehr: bei Berechnung von Gewinn und Verlust wird dem Gesellschafter erst für jede Kapitaleinlage ein Zins von 4 % gutgeschrieben, gerade so, wie für die Forderung eines Drittmanns, und selbst der Einzelkaufmann schreibt sich bei seiner Geschäftsbilanz von dem Kapital, das er in sein eigenes Geschäft geworfen hat, Zinsen zu gut. Kann es wohl ein deutlicheres Zeichen für die kaufmännische Anschauung geben? Dies Alles ist auch in Uebereinstimmung mit dem Begriff der juristischen Einheit der Gesellschaft. Die einzelnen Gesellschafter mit ihrem persönlichen Vermögen bilden zwar die ökonomische Grundlage und haften daher für die Schulden der Gesellschaft. Allein sie haften nur subsidiär und darum ist auch in der Regel die Kompensation zwischen Forderungen und Schulden der Gesellschaft und einzelner Gesellschafter ausgeschlossen (Art. 79). Die einzelnen Gesellschafter sind also nicht in erster Linie die Schuldner der Gesellschaftsgläubiger, auch nicht mit ihrer Einlage; sondern sie sind in erster Linie als Einleger auch Gläubiger der Gesellschaft.

Aus diesen Grundgedanken ergibt sich nun leicht und einfach das Prinzip für die Theilung der Konkursmasse der Gesellschaft. Das Gesellschaftsvermögen ist neu gestaltet; die Einlagen der Gesellschafter sind nicht mehr in natura unterscheidbar vorhanden, sondern es sind an ihre Stelle Forderungsrechte getreten. Es muss darum ein

Gesellschaftskonkurs verführt werden, bei welchem die Privatgläubiger der Gesellschafter keine selbstständigen Rechte geltend machen können, da sie ja nicht Gläubiger der Gesellschaft sind. Dagegen gehören zu den Gesellschaftsgläubigern auch die einzelnen Gesellschafter für ihre Einlagen in die Gesellschaft, aber nur soweit dieselben nicht durch Verlustantheile des betreffenden Gesellschafters vermindert oder gänzlich aufgezehrt sind. Ueber das Letztere nun können sich die Gesellschafter, resp. ihre Privatgläubiger, nicht beklagen, so wenig, als dann, wenn ihr Schuldner irgend ein anderes Geschäft unternimmt, mit welchem ein Risiko verbunden ist.

Sind zugleich mit der Gesellschaft auch die einzelnen Gesellschafter in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit gerathen, so sind es dann die Privatmassen derselben, welche im Konkurs der Sozietät mit den Gläubigern dieser letztern konkurriren und um so viel, als ihnen da zugeschieden wird, reicher werden.

Die Gesellschaftsgläubiger aber, welche im Sozietätskonkurs nicht vollständig befriedigt werden, können den Rest ihrer Forderungen gegen jeden einzelnen Gesellschafter und zwar gegen jeden das Ganze geltend machen und in dieser Beziehung stimmen wir wieder mit dem System des deutschen Gesetzes überein. Hat man einmal einen aparten Gesellschaftskonkurs zugelassen, der vorzugsweise die Bestimmung hat, die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen, so kann man dann auch konsequent die einzelnen Gesellschafter blos als subsidiäre Schuldner auffassen und als solche nur für den im Sozietätskonkurs nicht getilgten Rest haftbar machen.

Wir haben bereits bemerkt, dass nach unserm System der Gesellschafter für seine Einlagen in die Gesellschaft nur so weit konkurriren kann, als dieselben nach Abzug der Verlustantheile noch bestehen. Ist das Kapitalguthaben durch die Verlustantheile völlig gedeckt, so kann der Gesellschafter auch nicht mehr konkurriren. Uebersteigen endlich die Verlustantheile die Einlagen, so ist der betreffende Gesellschafter Schuldner der Sozietätsmasse und muss so viel einwerfen, als der Ueberschuss beträgt. Es liesse sich hiebei fragen, ob nicht der Sozietätsmasse für diesen Ueberschuss gegenüber der Masse des Gesellschafters ein Vorzugsrecht zu gewähren sei. Allein es besteht dafür nicht hinlänglicher Grund, da einerseits die Gesellschaftsgläubiger auf das, was in den Gesellschaftsfond nicht eingeworfen worden ist, nicht gerechnet haben, und andererseits die andern Gesellschafter meist selbst daran Schuld sind, wenn ein Mitgesellschafter von der Gesellschaft mehr bezogen, als eingeworfen, oder nicht so viel eingeworfen hat, als nöthig war, um seinen Verlustantheil zu tragen.

Zur Verdeutlichung des ganzen Systems möge hier noch ein einfaches Beispiel Platz finden:

Zwei Gesellschafter A und B treten zu einer Gesellschaft zusammen. A macht mit Hülfe seines persönlichen Kredites eine Einlage von 200,000. B dagegen, selbst schon verschuldet, macht eine Einlage von 50,000. Beim Ausbruch des Gesellschaftskonkurses erzeigen sich

Aktiven im Betrage von	200,000
Passiven im Betrage von	300,000
also ein Defizit von	100,000

Mit dem Konkurs der Gesellschaft brechen auch die Konkurse von A und B aus. Die 3 verschiedenen Massen gestalten sich nun folgendermassen:

1. Konkursmasse der Gesellschaft.

Aktiven:	Vorhandener Gesellschaftsfond	200,000
Passiven:	1) Die Gläubiger der Gesellschaft	300,000
	2) Ansprache des Gesellschafters A	150,000
	in Summa die Passiven	450,000.

Da wir präsumiren, es tragen A und B den Verlust zu gleichen Theilen, so fällt auf A von dem Defizit von 100,000 ein Verlustantheil von 50,000. Somit ist sein Kapitalguthaben von den ursprünglichen 200,000 Einlage auf 150,000 herabgesunken und von daher hier seine Ansprache.

Es werden nun angewiesen:

1) Die Gläubiger der Gesellschaft auf . . .	133,334
2) Die Ansprache des Gesellschafters A auf .	66,666
	200,000.

2. Konkursmasse des Gesellschafters A.

Aktiven:	1) Anweisung in dem Konkurse der Gesellschaft	66,666
	2) Privatvermögen in Mobilien etc.	13,334
	in Summa die Aktiven	80,000.
Passiven:	1) Die Gesellschaftsschulden, soweit sie im Gesellschaftskonkurs nicht angewiesen sind .	166,666
	2) Privatschulden, besonders von dem Darlehen behufs der Einlage in die Gesellschaft herrührend	120,000
	in Summa die Passiven	286,666.

Es werden somit angewiesen:

1) Die Gesellschaftsgläubiger auf	46,440
2) Die Privatgläubiger auf	33,560
	80,000.

3. Konkursmasse des Gesellschafters B.

Die Aktiven bestehen in einem Privatmögen von 50,000

Die Passiven dagegen sind:

1) Die restirenden Gesellschaftsschulden . .	166,666
2) Die Privatschulden	133,334
in Summa Passiven	300,000.

Es werden daher angewiesen:

1) Die Gesellschaftsgläubiger auf circa . .	27,777
2) Die Privatgläubiger auf	22,223
	50,000

Die Resultate sind nun die folgenden:

1) Es beziehen nach unserm System die Gesellschaftsgläubiger von den 3 Konkursmassen:

a) von der Masse der Gesellschaft	133,334
b) von der Masse A	46,440
c) von der Masse B	27,777
In Summa	207,551

Nach dem System des deutschen Gesetzes dagegen beziehen die Gesellschaftsgläubiger zum voraus die 200,000 Gesellschaftsaktiven, ferner 6000 in der Masse A, hier in Konkurrenz mit 100,000 Gesellschaftsforderungen, und ebenso 22,000 in der Masse B, in Summa 228,000.

2) Nach unserm System erhalten die Privatgläubiger des A, der die 200,000 in die Gesellschaft eingelegt hat: 33,560. Nach dem System des deutschen Gesetzes dagegen erhalten sie für ihre Forderungen im Betrage von 120,000 blos 7000, eine ganz ungemessene Unbilligkeit, wenn das Verhältniss zu den mit mehr als 75 % angewiesenen Gesellschaftsgläubigern in's Auge gefasst wird.

3) Ganz besonders aber gleicht unser System das Verhältniss der einzelnen Gesellschafter unter sich in billiger Weise aus.

Nach dem System des deutschen Gesetzes erhalten die Privatgläubiger des B, der nur 50,000 in die Gesellschaft eingeworfen hat und noch 50,000 Privatvermögen besitzt, für ihre Forderungen von 133,334 eine Summe von 28,600, während die Privatgläubiger des A, der 200,000 eingeworfen hat, nur 7000 beziehen.

Nach unserm System dagegen erhalten die Privatgläubiger des B nur 22,223,
während die des A 33,560
beziehen. Mit vollem Recht! Denn wenn A eine viel grössere Summe als B in die Gesellschaft eingelegt hat, so soll er damit nicht um so viel ärmer geworden sein. Er ist und soll noch reicher sein als B, wenn auch dieser mehr in seinem Privatvermögen zurückbehalten hat. Nicht die Grösse der Einlage soll das Schicksal der Privatgläubiger des Einlegers bestimmen, sondern die Grösse des Verlustes, der die Einlage trifft.

Wir übergeben diesen Vorschlag der Oeffentlichkeit mit dem Wunsche, er möchte allseitig geprüft werden. Hält derselbe das Feuer der Kritik aus, so sind dann die praktischen Bedenken gegen die „Neuerung" zu schwach. Denn trotz dem Abschluss im deutschen Gesetz ist diese Lehre noch im Flusse begriffen und übrigens soll sie durch unser System nicht in ein neues Bette geleitet werden. Wir wollen nicht eine Umkehr der bestehenden Begriffe von Gesellschaftskonkurs, sondern nur eine Revision auf Grundlage des Bestehenden. Dies ist so richtig, dass selbst der Wortlaut des deutschen (Art. 122) und des Zürcher Gesetzes eine Fortentwicklung zu unserm System keineswegs ausschliesst und dies gilt natürlich noch weit mehr von der französischen Jurisprudence. Es löst sich Alles in der Frage, wer im Gesellschaftskonkurs unter den Gesellschaftsgläubigern begriffen sein soll.

Die Kommanditgesellschaft.

Ganz entsprechend der Definition der Kollektivgesellschaft ist im Art. 95 des schweizerischen Entwurfs auch der Begriff der Kommanditgesellschaft nach der Stellung gegenüber von Aussen festgestellt. Es soll nicht darauf ankommen, in welches Verhältniss der betreffende Gesellschafter zu der Gesellschaft selbst tritt, ob derselbe eine Einlage in den Gesellschaftsfond macht oder nicht, ob er gerade mit dieser Einlage für die Gesellschaftsschulden haftet oder ob mit mehr oder weniger. Ent-

scheidend ist allein, **ob er gegenüber von dritten Personen für die Schulden der Gesellschaft nicht unbeschränkt, sondern in irgend einem Maasse beschränkt haftbar ist.**

Es fragt sich dann, in **welchen Fällen** ein Gesellschafter als Kommanditär, d. h. in beschränkter Weise haftbar ist. Zur Beantwortung dieser Frage sind zwei Gränzen festzustellen: die eine ist da, wo die unbeschränkte Haftbarkeit des Kollektivgesellschafters anfängt; diese haben wir aber schon oben bei Besprechung der Kollektivgesellschaft fixirt. Die andere Gränze gegen unten ist da, wo die Haftbarkeit gegen Dritte und damit der Begriff von Handelsgesellschafter überhaupt aufhört. Zwischen den beiden Gränzen endlich gibt es wieder verschiedene Maasse von Haftbarkeit. Wir werden die verschiedenen Fragen, die sich hieraus ergeben, mit mehr Leichtigkeit und Sicherheit beantworten, nachdem wir einen Blick geworfen haben auf die verschiedenen Systeme, welche die modernen Gesetzgebungsarbeiten zu Tage gefördert haben.

Zwei grundsätzlich verschiedene Auffassungen sind es namentlich, die sich in unserer Zeit sowohl im Verkehrsleben selbst, als auch, diesem folgend, in der Theorie geltend gemacht haben. Die eine ist diejenige der **französischen Kommanditgesellschaft** und die andere diejenige der **deutschen stillen Gesellschaft.** Die Kommanditgesellschaft ist eine wahre Gesellschaft mit juristischer Einheit und Gesellschaftsfirma. Die stille Gesellschaft dagegen ist wenigstens nach Aussen kein Verband, keine Gesellschaft; sie braucht darum für ihre Thätigkeit auch keinen besondern Namen, hat also keine Firma. Die Kommanditgesellschaft handelt als

solche und sowohl die persönlich haftbaren Gesellschafter, als die Kommanditäre stehen im Hintergrund als subsidiär haftbar. Bei der stillen Gesellschaft dagegen ist der Komplementar der Herr des Geschäfts und der stille Gesellschafter steht nur mit diesem in einem besondern Vertragsverhältnisse und sind es mehrere, so stehen auch sie untereinander in keinem rechtlichen Verband.

Die Kommanditgesellschaft kann Vermögen erwerben und in dieses gehen auch die Einlagen der Kommanditäre über. Die stille Gesellschaft dagegen hat als solche kein Vermögen und die Einlagen des stillen Sozietärs gehen in das Vermögen des Komplementars über. Der Kommanditär haftet mit seiner Einlage, da sie in den Gesellschaftsfond übergegangen ist, auch Dritten gegenüber, so dass er im Konkurs der Gesellschaft nicht berechtigt ist, seine Einlage wieder herauszuziehen und dafür mit den Gesellschaftsgläubigern zu konkurriren. Der stille Gesellschafter dagegen ist im Konkurse des Geschäftsherrn oder Komplementars für seine Einlage Gläubiger und muss dieselbe nur soweit zurücklassen, als sie durch seinen Verlustantheil gemindert ist. Mit allen diesen radikalen Verschiedenheiten hängt endlich zusammen, dass die Kommanditgesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden soll, die Betheiligung eines stillen Gesellschafters dagegen nicht.

Die beiden Auffassungen stehen sich schroff gegenüber und an eine Vereinigung zu Einem System ist nicht zu denken, wenn nicht Prinzipienlosigkeit daraus werden soll. Die Nürnberger Konferenz hat dagegen bei Berathung des deutschen Gesetzes den Ausweg aus dem Widerstreit der beiden Systeme so gefunden, dass sie die beiden Systeme in ihrer vollen Konse-

quenz in dem Gesetze nebeneinander gestellt hat.

Dieser Ausweg enthält keine eigentliche Lösung, sondern ist eben — ein Ausweg. Die beiden Systeme sind zwar von Juristen doktrinell sehr wohl auseinanderzuhalten; dagegen ist es kaum denkbar, dass die Handelsleute bei Eingehung einer Gesellschaft, jener Unterschiede bewusst, mit klarem Wissen entweder das System der Kommandite oder das der stillen Einlage wählen und dies auf bestimmte Zeit ausdrücken. Sichere Kennzeichen für das eine oder andere System gibt es nicht; die Kommanditgesellschaft ist oft nicht registrirt und umgekehrt kann die stille Gesellschaft auch registrirt sein, ohne dass darum eine Kommanditgesellschaft daraus wird. Der Sprachgebrauch: „Kommandite“ und „stille Gesellschaft“ ist auch nicht ein sicherer Führer, da derselbe noch entfernt nicht allgemein in das Verkehrsleben eingedrungen ist. Zu was sind nun aber alle Systeme nütze, sie mögen noch so fein ausgedacht sein, wenn die Anwendung derselben im Leben so unsicher und darum willkührlich wird. Besser kein Gesetz, als ein solches, das in der Luft hängt. Wenn wir hier mit dieser Entschiedenheit das deutsche Gesetz verurtheilen, so stehen wir darin nicht etwa allein, sondern es haben sich die Mehrzahl der Schriftsteller im selben Sinne ausgesprochen, was uns auch der Aufgabe enthebt, die Frage nach allen Richtungen hin zu verfolgen.

Nach dem Gesagten müssen wir uns, da wir nicht beide Systeme nebeneinander wollen, für eines entscheiden und da muss die Wahl auf das System der französischen Kommandite fallen. Es ist im Kommissionsbericht des preussischen Abgeordneten-

hauses über die Annahme des deutschen Handelsgesetzes ganz richtig gesagt, es werde die Erfahrung bald zeigen, dass zwischen der Form der Kommanditbetheiligung und derjenigen durch ein Darlehen die stille Gesellschaft keinem wirklichen Bedürfnisse mehr entspreche und desshalb der ihr geweihte Titel ausser Anwendung komme. Der Kommandite mit ihrer Oeffentlichkeit, mit dem Kredit, den sie schafft, mit der Sicherheit, die sie Dritten einflösst, gehört die Zukunft. Es möge zwar immer Kapitalisten geben, welche auf Gewinn und Verlust einem Handelsgeschäft beitreten, aber mit ihrem Namen oder gar mit einer Summe nicht an die Oeffentlichkeit wollen. Allein im Allgemeinen macht, wie im Hypothekenrecht, so auch im Handelsverkehr das sich Gewöhnen an die Oeffentlichkeit augenscheinlich Fortschritte; jeder Kommanditär weiss zu gut, dass er durch die Eintragung seiner Betheiligung in's Register den Kredit des Geschäfts steigert. Dazu kommt, dass auf der einen Seite die Kommandite nichts Gleichartiges zur Seite hat und darum unentbehrlich ist, während die stille Gesellschaft so nahe an ein Darlehen mit beweglichem Zins gränzt, dass sie durch dieses letztere ersetzt werden kann. Ist ja doch schwer zu bestimmen, wo eigentlich das blosse Darlehen aufhört und die stille Gesellschaft anfängt; denn auf die Ausdrucksweise kann es nicht ankommen und in der innern Natur der Dinge ist ein Unterschied nicht fest begründet.

Eine Antheilnahme an dem Schicksale des Geschäfts, also an Gewinn und Verlust, ist nicht nur bei der stillen Gesellschaft, sondern auch bei einem qualifizirten Darlehen möglich. Ferner erwerben sowohl der stille Gesellschafter, wie der Darleiher von Geschäftskapital eine gewöhnliche Forderung gegen den Empfänger der stillen

Einlage oder des Darlehens, und wiederum stehen beide gegenüber von dritten Gläubigern des Gesellschafters oder des Darlehenempfängers in durchaus keinem Schuld- oder Haftbarkeitsverhältnisse. Diese nahe Verwandtschaft zwischen diesen beiden Instituten ist nun nicht bloss entscheidend für die Adoptirung des Kommanditensystems, sondern hat auch Einfluss auf die nun zu lösende Frage, wann eine Gesellschaft als Kommanditengesellschaft anzusehen ist.

Zwei verschiedene Lösungen sind möglich. Entweder es wird ein Jeder, welcher Kapital auf Gewinn oder auf Verlust oder auf beides in die Gesellschaft eingelegt oder versprochen hat, als Kommanditär, d. h. als ein Gesellschafter, der gegenüber von dritten Personen haftbar ist, behandelt. In derselben Weise würde dann auch jeder Kapitaleinleger, dessen Zinsenanspruch je nach Gewinn oder Verlust steigt oder fällt, und so auch der commis intéressé, der seinen Gewinnantheil im Gesellschaftsfond lässt, angesehen werden müssen. Es ist einleuchtend, dass diese Ausdehnung des Begriffs „Kommanditär“ auf Personen, die es nicht sein wollen, die durchaus nicht beabsichtigt haben, ihre Einlage den Geschäftsgläubigern vollständig zum Opfer werden zu lassen, gegen bestehende Anschauungen in hohem Maasse verstossen müsste. Es wäre zwar eine solche Vernichtung dessen, was man bisher unter stiller Gesellschaft verstanden hat, auf der einen Seite im Interesse des Kredits; auf der andern Seite aber würde auch viel Kapital, das sich mit der Hoffnung auf Gewinnantheile Handelsgeschäften zuwenden möchte, durch dieses System abgeschreckt werden.

Wir haben uns daher auch hier von dem Grundsatze der Freiheit bestimmen lassen; wir stellen zwar ein

einziges System der Kommandite auf, wollen aber nicht Formen, die grundverschieden sind, in dasselbe hineinzwängen. Unsere Kommanditgesellschaft, deren wesentliches Merkmal in der Haftung des Kommanditenkapitals gegenüber Dritten besteht, soll nur dann vorhanden sein, wenn diese Haftung wirklich gewollt oder doch dritten Personen in irgend einer Weise kundgegeben worden ist. Dieser Grundsatz schützt auf der einen Seite den Kapitaleinleger in seinem Dispositionswillen und auf der andern Seite sind gleichwohl auch die Rechte dritter Personen in keiner Weise verletzt. Niemand hat ein Recht auf das, was ihm nicht versprochen worden ist. Wenn daher die Geschäftsgläubiger in keiner Weise durch Erklärungen oder Publikationen zu höherem Vertrauen und zum Glauben veranlasst worden sind, es sei der ihnen haftbare Gesellschaftsfond vergrössert worden, so haben sie auch kein Recht auf die Kapitaleinlage, als wie auf ein Kommanditenkapital, zu greifen.

Mit diesen Sätzen steht nun das deutsche Gesetz in einem ganz eigenthümlich starken Gegensatze. Nach dem Art. 163 dieses Gesetzes soll die Kommanditgesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden und »hat die Gesellschalt vor der Eintragung ihre Geschäfte begonnen, so haftet jeder Kommanditist dritten Personen gegenüber für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, wenn er nicht beweist, dass denselben seine beschränkte Betheiligung bei der Gesellschaft bekannt war.« Während nach dem schweizerischen Entwurf der nicht registrirte Kapitaleinleger in der Regel Dritten gegenüber gar nicht haftet und zwar gerade wegen Unterlassung der Eintragung,

soll nach dem deutschen Gesetz gerade umgekehrt diese Unterlassung zur Folge haben, dass der Kommanditär nicht nur wie ein solcher, sondern wie ein Kollektivgesellschafter unbeschränkt haftet.

Diese Bestimmung scheint uns geradezu exorbitant zu sein. Thöl sagt darüber: „Durch diesen Satz des Art. 163 ist der Kommanditist dem Komplementar Preis gegeben, welcher die Eintragung verzögern kann; der Satz ist ein Todesstoss für die Kommanditgesellschaft." Da zeigt sich sehr deutlich, zu welchen falschen Resultaten die deutsche Unterscheidung zwischen der Kommandite und der stillen Gesellschaft hinführt: die Nichteintragung in das Handelsregister ist gerade eines der Hauptkennzeichen der stillen Gesellschaft im Gegensatz zur Kommandite; hier dagegen ist eben dieselbe Nichteintragung der Grund, einen Kommanditär sogar wie einen Kollektivgesellschafter zu behandeln. In dem einen Falle befreit die Nichteintragung von jeder Haftung gegenüber von Dritten und in einem andern verschärft sie die Kommanditenhaftung in eine unbeschränkte, und das Fatalste dabei ist, dass es nach dem oben Auseinandergesetzten sehr schwer, oft unmöglich ist, die beiden Fälle faktisch von einander zu trennen. Oder soll es vielleicht darauf ankommen, ob in der Firma das Wörtchen „et Comp." steht? Das wäre das Allerschlimmste.

Wir haben den Grundgedanken bezeichnet, von dem wir in dieser Materie ausgehen und so handelt es sich nur noch darum, mit wenig Worten zu zeigen, in welcher Weise der schweizerische Entwurf denselben ausgeführt hat. Es beziehen sich darauf die Art. 103 bis 106. Nach Art. 98 steht der Kommanditgesellschaft frei, entweder den Namen des Kommanditärs oder die Komman-

ditensumme oder endlich beides in das Register einzutragen. Es ist diese Wahl freigestellt worden aus Rücksicht auf die Kapitalisten, welche sich scheuen, entweder mit ihrem Namen oder mit einer bestimmten Summe vor das Publikum zu treten und es ist damit ohne Zweifel ein grosses Hinderniss für die Eingehung einer wahren Kommanditgesellschaft weggeräumt. Wir haben nun die verschiedenen Fälle in's Auge zu fassen.

Ist die Kommanditensumme, ob mit oder ohne Namen des Kommanditärs, in das Register eingetragen, so ist damit die Haftbarkeit in fester, offizieller Weise bestimmt und da muss auch die eingetragene Summe Regel machen. Ist also auch die Kapitaleinlage des Kommanditärs grösser oder geringer, so kömmt darauf nichts an. Für allfällige Veränderungen gilt ganz dasselbe, was für jede andere Veränderung des Registerinhalts.

Ist die Summe nicht eingetragen, wohl aber der Name des Kommanditärs, so liegt nun in der Natur der Sache, dass diejenige Summe als Haftsumme angenommen wird, welche der Kommanditär als Einlage in den Gesellschaftsfond bewirkt oder auch nur versprochen hat. Man könnte sich fragen, ob nicht der Kommanditär bei seiner Einlage seine Haftung gegen Dritte beschränken könne. Allein wir müssen dies im Interesse der Gesellschaftsgläubiger verneinen; denn diese kennen eine solche Vertragsklausel nicht und sollen das Recht haben, sich an die volle Einlage zu halten. Will der Kommanditär eine Beschränkung, so steht ihm die Eintragung der Summe in das Register offen. Ist endlich der Name des Kommanditärs in das Register eingetragen, aber ohne Bezeichnung als Kommanditär oder die Erwähnung be-

schränkter Haftbarkeit, so haftet er, wie wir schon oben gesehen (Art. 52), wie ein Kollektivgesellschafter.

Der dritte Fall ist derjenige, wo weder die Summe, noch der Name des Kapitaleinlegers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Hier nun muss nach unserm System als Regel gelten, dass ein solcher Einleger von Kapital kein Kommanditär und also auch überhaupt kein Gesellschafter im gesetzlichen Sinne ist. Er ist ein qualifizirter Darlehensgläubiger, der entweder für den Fall von Gewinn oder von so und so viel Gewinn einen höhern Zinsfuss oder eine besondere Gewinnquote, oder für den Fall des Verlustes einen geringern oder gar keinen Zins oder das Abschreiben eines Verlustantheils von seiner Einlage konvenirt hat. Immerhin aber handelt es sich hier nur um ein Vertragsverhälltniss zwischen dem Einleger und dem Geschäftsherrn und nicht um ein Gesellschaftsverhältniss, das auch Dritten gegenüber eine grössere Bedeutung hat, als ein sonstiger Vertrag zwischen zwei Personen. Ganz anders freilich beurtheilt sich das Verhältniss, wenn der Kapitaleinleger dritten Personen gegenüber in irgend einer Weise als Kommanditär aufgetreten ist und dazu gehört, wenn z. B. die Firma um seinetwillen den Zusatz „et Comp.“ führt oder durch ein Zirkular an die Geschäftsfreunde oder sonst der Glaube an das Vorhandensein einer Kommandite geweckt worden ist. Es ist klar, dass hier dem freien Abwägen der Umstände durch den Richter Spielraum gelassen werden muss.

Eine letzte Frage ist, ob bei Unterlassung irgend einer Eintragung auch derjenige Kapitaleinleger als Kommanditär haftbar zu machen sei, der im Gesellschaftsver-

trage oder sonst sich ausdrücklich als Kommanditär oder als Dritten haftbar erklärt hat. Wir halten dafür, es müsse diese Frage bejaht werden, es sei gerecht, den Kapitaleinleger bei seiner eigenen Erklärung zu behaften, auch wenn sie nicht einregistrirt worden ist. Es soll aus der Einlage von Kapital nicht schon deduzirt werden, dass der Einleger auch Dritten gegenüber haftbar ist; besteht aber darüber eine formelle, unzweideutige Erklärung, so besteht kein Grund, derselben keine Wirksamkeit zu verleihen. Es wird zwar eine solche Erklärung wohl sehr selten vorkommen; allein gleichwohl halten wir es nöthig, den Art. 105, Absatz 1 in dem angeführten Sinne zu ergänzen, und schlagen darum vor, statt der Worte „in der Regel nicht" zu sagen: „in der Regel nur dann, wenn er sich im Gesellschaftsvertrage dazu verpflichtet hat".

Endlich normirt der Art. 106 die Haftbarkeit eines Kommanditärs, der als Prokurist oder Handelsbevollmächtigter der Gesellschaft bestellt worden ist. Der Entwurf hat auch hier einen guten Schritt zur Befreiung des Verkehrs von unnöthigen Fesseln vorwärts gethan. Noch der französische Code de commerce ist in dem ängstlichen Systeme befangen, nach welchem der Kommanditär nicht die geringste Dienstleistung im Geschäfte verrichten, nicht einen Geschäftsbrief kopiren kann, ohne dafür mit unbeschränkter Haftung für die Gesellschaftsschulden bestraft zu werden. Der Art. 27 sagt ohne Einschränken: „L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration". Mit dieser Rigorosität hat man wohl das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. In der wohlmeinenden Absicht, die dritten

Gläubiger gegen Täuschungen zu schützen, hat man sich einen unerhörten Eingriff in die persönliche Freiheit der Geschäftsthätigkeit, im Benutzen der eigenen Kräfte erlaubt. Wie sehr entspricht es vielen Verhältnissen, dass der Geschäftsführer oder Angestellte sich bei dem Geschäft, dem er sein Talent und seinen Fleiss zuwendet, mit einem kleinen Kapital betheiliget, ohne darum die ganze Last einer unbeschränkten Haftbarkeit auf sich nehmen zu wollen. Eine solche Verbindung von Kapital und Arbeit in derselben Person entspricht einem gesunden ökonomischen Prinzip und ist ohne Zweifel der Führung des Geschäfts äusserst wohlthätig. Die Interessirung eines Geschäftsführers mit Gewinnantheilen ist heutzutage schon sehr verbreitet und wird es noch mehr, wenn die lästigen gesetzlichen Schranken gefallen sind. Eben so leicht kommt es vor, dass ein Geschäftsherr sich als Chef von dem Geschäfte zurückzieht, seine Kapitalien aber als Kommanditär zum Besten des jungen Nachfolgers darin lässt und nun sich vorbehält, das Geschäftslokal zu besuchen und sich in seinen alten Tagen auf dem Felde seiner frühern Thätigkeit zu beschäftigen. Und das sollte ihm nun unter Strafe unbeschränkter Haftung verboten sein?! Gerade jene Art der Kommandite, verbunden mit Arbeit, wird uns als der Hauptgrund angeführt, der in England zur Anerkennung der Kommanditgesellschaft geführt hat.

Neue bessere Gedanken haben nun auch augenfällig die moderne Legislation geleitet. Das Zürchergesetz steht zwar noch auf dem alten Boden des französischen Code; denn es wiederholt der § 1334 dieses Gesetzes ganz allgemein das Verbot an den Kommanditär, thätigen Antheil an den Geschäften des Etablissements zu nehmen, und wäre es auch nur als Gehülfe oder Commis. In einem

zweiten Satz ist dann aber dieses Verbot dahin abgeschwächt, dass eine unbeschränkte Haftung des Kommanditärs nur dann eintritt, wenn ein Dritter zu der Vermuthung veranlasst worden ist, der Kommanditär sei als Kollektivgesellschafter betheiliget.

Nach dem deutschen Handelsgesetz kann der Kommanditär sowohl Prokurist, als Bevollmächtigter sein; nur muss er ausdrücklich erklären, dass er in dieser Eigenschaft handle, ansonst er wie ein Kollektivgesellschafter haftbar ist.

Auch in Frankreich hat das Gesetz vom 6. Mai 1863 das alte strenge System gebrochen. Im Art. 27 des Code de commerce sind die Worte „ni être employé pour les affaires de la société" gestrichen worden. Ferner kann nach dem revidirten Art. 28 der Kommanditär, wenn er gegen das Verbot des Gesetzes actes de gestion vorgenommen hat, bloss noch für einzelne Schulden der Gesellschaft als unbeschränkt haftbar erklärt werden.

Endlich sei erwähnt, dass der Staatsrath des Kantons Genf am 4. Juli 1863 dem Grossen Rath einen Gesetzesentwurf vorgelegt hat, „modifiant les articles 27 et 28 du Code de commerce, et ayant pour but de diminuer la rigueur de la loi, d'après laquelle les associés commanditaires sont responsables solidairement de toutes les dettes de la société, quand ils ont fait un acte de gestion".

Nun ist auch der schweizerische Entwurf dieser Richtung gefolgt und gestattet dem Kommanditär, sich in jeder Weise im Geschäfte der Gesellschaft zu bethätigen, ohne aber darum die Interessen von dritten

Gläubigern zu gefährden. Der Schutz, den derselbe diesen Letztern angedeihen lässt, ist eben so einfach, als wirksam. Der Kommanditär muss als solcher, d. h. also mit Bezeichnung auch seines Namens, in das Register eingetragen werden und zwar mit besonderer Erwähnung der ihm ertheilten Prokura oder Vollmacht. Geschieht dies nicht, so haftet er unbeschränkt. Wir halten es nicht für praktisch, wie das deutsche Gesetz vom Kommanditär in jedem einzelnen Geschäfte die Erwähnung seiner Eigenschaft als Prokurist oder Bevollmächtigter zu verlangen; der Beweis über eine solche Erwähnung kann sehr schwierig werden. Im Zürchergesetz anderseits ist die Frage, ob ein Dritter zu der „Vermuthung" veranlasst worden sei, der Kommanditär handle als Kollektivgesellschafter, für eine sichere richterliche Entscheidung wenig geeignet. Unser Entwurf zieht daher vor, Alles von der Erfüllung der positiven Pflicht der Eintragung abhängig zu machen. Damit hat der Kommanditär das Seine gethan, während billigerweise jedem Dritten zugemuthet werden kann, das Register nachzuschlagen, und derselbe nicht von vorneherein annehmen darf, er habe es mit einem Kollektivgesellschafter zu thun. Im Uebrigen aber versteht es sich wohl von selbst, dass der Kommanditär, der sich einem Dritten in trügerischer Weise als unbeschränkt haftbar darstellt, trotz einer gegentheiligen Eintragung in's Register, für diese Handlungsweise auch civilrechtlich verantwortlich ist.

Konkurssystem. Die Kommanditgesellschaft trägt in unserm Entwurf denselben Karakter juristischer Einheit, wie die Kollektivgesellschaft. Wir kennen gegen Aussen keinen Komplementar und keinen Kommanditär, sondern eine Gesellschaft mit besonderm Vermögen und besondern Schulden. Daraus geht auch hervor, dass Alles, was wir für den Konkurs der Kollektivgesellschaft als gültig erachteten, im Allgemeinen auch hier gültig ist.

Wird für die Kollektivgesellschaft das System der Art. 75 und 76 im Text des Entwurfes angenommen, so gilt dasselbe auch für die Kommanditgesellschaft. Nur ist selbstverständlich, dass die Gesellschaftsgläubiger für den Rest ihrer Forderungen, für den sie im Gesellschaftskonkurse nicht Befriedigung erhielten, aus dem Privatvermögen der Kommanditäre nur soweit Befriedigung suchen können, als diese haftbar sind.

Würde dagegen für die Kollektivgesellschaft das System der Art. 75 und 76 in der Anmerkung des Entwurfes, d. h. das System des Redaktors, adoptirt, so käme dasselbe dann auch hier zur Anwendung und zwar in folgender Weise. In dem Konkurs über eine Kommanditgesellschaft konkurriren: 1) die eigentlichen Gesellschaftsgläubiger; 2) der oder die unbeschränkt haftbaren Gesellschafter für ihre Kapitaleinlagen, soweit dieselben nicht durch die auf sie fallenden Verlustantheile vermindert oder gedeckt sind; 3) die Kommanditäre und zwar in demselben Maasse für ihre Kapitaleinlagen. Haben die Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurse volle Befriedigung nicht erhalten, so sind sie berechtigt, für den Rest ihrer Forderungen Befriedigung zu suchen: 1) aus dem Privatvermögen der einzelnen unbeschränkt haftbaren Gesellschafter in unbeschränkter Weise, aber in

Konkurrenz mit den Privatgläubigern dieser letztern und 2) aus dem Privatvermögen der Kommanditäre, soweit diese haftbar sind. Natürlich ist aber von der Haftsumme soviel in Abzug zu bringen, als der Kommanditär schon eingebüsst, d. h. in die Gesellschaft eingelegt und bei dem Konkurs derselben nicht wieder herausgezogen hat.

Wir machen hierbei noch auf einen besondern Vorzug aufmerksam, der sich in der Anwendung unseres Systems auf die Kommanditgesellschaft herausstellt. Es ist nicht ungewöhnlich, dass sich ein Kommanditär für die gemachte Einlage ein Pfandrecht bestellen lässt, und dieses ist geeignet, die vorausgesetzten Rechte der Gesellschaftsgläubiger zu schmälern. Nach unserm System wird nun allerdings der Kommanditär mit seinem Pfandrecht seine Einlage oder einen Theil derselben aus dem Gesellschaftskonkurs herausziehen können. Allein daraufhin werden die Gesellschaftsgläubiger auf das persönliche Vermögen des Kommanditärs greifen können, in welches die Einlage zurückgekehrt ist, und hier nun jenem Pfandrechte nicht mehr begegnen.

Die Aktiengesellschaft.

Bis in die neueste Zeit haben die Gesetzgebungen drei verschiedene Formen der Handelsgesellschaft unterschieden: die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft mit der Kommanditgesellschaft auf Aktien als Unterart und die Aktien- oder anonyme Gesellschaft. Dass der schweizerische Entwurf der Kommanditgesellschaft auf Aktien eine selbstständige Stellung angewiesen hat, darüber werden wir uns weiter unten aussprechen. Nun ist aber und zwar zuerst durch das französische Gesetz vom 23. Mai 1863 auch an die Seite der Société anonyme eine neue Gesellschaft getreten, welcher man den Namen „société à responsabilité limitée" verliehen hat. Diese Gesellschaft ist nichts Anderes, als eine Aktiengesellschaft, die von der Autorisation durch eine Staatsbehörde frei erklärt ist. Sie würde also viel bezeichnender „société anonyme libre" heissen und führt denn auch diesen letzteren Namen in dem von Herrn Advokat Martin im letzten Jahre über diesen Gegenstand ausgearbeiteten genferischen Entwurf.

Die Benennung des französischen Gesetzes ist dem englischen Rechte entnommen, in welchem es nach den Parlamentsakten vom 14. Juli 1856 und 13. Juli 1857, sowie nach der Gesellschaftsakte vom 7. August 1862, ebenfalls Aktiengesellschaften mit beschränkter Haft-

barkeit giebt. („Joint-Stock-Compagnies with limited liability“.) Allein diese heissen in England so im Gegensatze zu den auf dem Continente nicht gekannten Aktiengesellschaften mit unbeschränkter Haftbarkeit („illimited liability“). Die Haftbarkeit der Aktionäre über den Aktienbetrag hinaus bildete nämlich bis zu den genannten Parlamentsakten die Regel, und seitdem geht sie parallel neben der beschränkten Haftbarkeit, indem sich eine Aktiengesellschaft frei nach dem einen oder anderen System konstituiren kann. Durch die Akte vom 2. August 1858 ist dies selbst auf die Bank-Aktiengesellschaften mit Ausnahme derjenigen, welche Billets ausgeben, ausgedehnt worden. Von dieser Frage der beschränkten oder unbeschränkten Haftbarkeit ist aber in England die Frage der Staatsautorisation ganz unabhängig. Mit Ausnahme derjenigen Gesellschaften, bei denen es sich um öffentliche Interessen, namentlich um Verleihung fiskalischer Vorrechte handelt, wie Eisenbahn-, Wasser-, Gas- und Versicherungs-Gesellschaften, können die Aktiengesellschaften ohne Autorisation, sei es des Parlamentes oder der Krone, begründet werden.

Im deutschen Handelsgesetz (Art. 208) ist die Begründung der Aktiengesellschaft an eine staatliche Genehmigung geknüpft. Allein es ist durch Art. 249 den Landesgesetzen vorbehalten, zu bestimmen, dass es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung von Aktiengesellschaften im Allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedarf und es haben unter den bisher erlassenen Einführungsgesetzen das Lübekische, das Oldenburgische und mit Einschränkung das grossherzogl. badische von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht. Es bestimmt das Letztere in Art. 32: „Zur Gründung von Aktiengesellschaften (oder Kommanditge-

sellschaft auf Aktien) ist die Staatsgenehmigung in der Regel nicht erforderlich. Ausnahmsweise ist sie für solche Gesellschaften dann nothwendig, wenn dieselben Bank- und Kreditgeschäfte, Sachen- oder Lebensversicherungen einschliesslich der Leibrentenverträge zum Gegenstande ihres Unternehmens machen wollen.

In der Schweiz besteht noch in fast allen Kantonen das System der Staatsautorisation. Dagegen hat Neuenburg durch das Gesetz vom 3. Juni 1833 die Aktiengesellschaft frei erklärt. Ebenso bedürfen nach dem neuen bündnerischen Civilgesetzbuch die Aktiengesellschaften der staatlichen Genehmigung nicht (§§ 88, 449), sind darin übrigens den Korporationen, Stiftungen, Genossenschaften gleichgestellt. Dagegen unterliegen nach § 94 desselben Gesetzbuches die auf den öffentlichen Kredit berechneten Institute, mögen sie auf einem Gesellschaftsvertrage beruhen oder zu den Stiftungen gehören (Banken, Sparkassen, Kredit-, Leih- und Rentenanstalten u. s. w.), insofern der Genehmigung und Aufsicht der Regierung, als diese ihnen jederzeit den Nachweis darüber abverlangen kann, dass sie auf solider Grundlage ruhen und die erforderliche Gewähr bieten. Es ist also auch hier die Bildung der Aktiengesellschaft als solche frei, und wo sich der Staat ein Einmischungsrecht vorbehält, geschieht es nicht um einer besondern Form der Gesellschaft, sondern um der Natur der Geschäfte willen, ob sie nun von einer Aktiengesellschaft oder von einer andern Association betrieben werden.

Der schweizerische Entwurf entbindet die Aktiengesellschaft von der staatlichen Genehmigung, es sei denn die Gesellschaft auf eine Zeit-

dauer gestellt, welche 30 Jahre übersteigt (Art. 119). Es handelte sich hier um eine volle entschiedene Anerkennung eines guten Prinzips und darum mussten alle Vermittlungssysteme verworfen werden.

Der französische Gesetzgeber hatte einen andern Ausgangspunkt: es lag dort nur eine partielle Revision der alten Gesetzgebung mit möglichster Schonung dieser letztern in Frage und darum wurde die alte autorisirte société anonyme nicht aufgehoben, sondern eine neue Gesellschaft ihr an die Seite gestellt. Diese hat zwar ein von der alten Gesellschaft grundverschiedenes Prinzip und dazu ist dieses das so mächtige Prinzip der Freiheit, welches die alte Gesellschaft ohne Erbarmen tödten wird. Allein der Gesetzgeber wollte diess der Macht der Zeit überlassen und nicht selbst Hand anlegen. Wir verstehen diess. Unser Entwurf aber kann diesem Beispiele nicht folgen. Als neues Gesetzeswerk kann er nicht Freiheit und Privilegium, Herrschaft des Gesetzes und administratives Gutfinden neben einander stellen. Auf denselben Standpunkt, wie das französische Gesetz von 1863, hat sich auch der genferische Entwurf gestellt. Allein es geht auch hier aus dem Kommissionsbericht, der die Staatsautorisation sehr entschlossen verurtheilt, unverkennbar hervor, dass man die alte anonyme Gesellschaft eben nur bestehen liess, um sie nicht aufheben zu müssen.

Einen andern Mittelweg hat das deutsche Handelsgesetz eingeschlagen: als Regel wird die Staatsgenehmigung aufgestellt; den einzelnen Staaten aber soll es freistehen, von derselben abzugehen. Es war dies der Ausweg, zu dem man beim Widerstreit der Meinungen in der Konferenz zu Nürnberg seine Zuflucht nahm. Wir

würden bedauern, wenn man auch in der Schweiz hiezu greifen müsste. Die Ausdehnung der Wirksamkeit einer einzelnen Aktiengesellschaft ist meistens von der Art, dass nur eine möglichst weit reichende, wenigstens für die Schweiz gemeinsame Gesetzgebung der Natur der Sache entspricht. Es muss die Achtung von Gesetz und Recht schwächen, wenn z. B. eine Aktiengesellschaft, welcher in dem einen Kantone die Staatsgenehmigung versagt worden ist, ein paar Stunden davon entfernt in einem Nachbarkantone, wo die Staatsgenehmigung nicht erfordert wird, seinen Sitz aufschlägt und dann doch in jenem ersten, wo vielleicht auch die Mehrzahl der Aktien placirt ist, seine Geschäfte macht und bei dessen Angehörigen, welche gerade durch die Staatsautorisation Schutz geniessen sollten, Kredit sucht und findet. Es ist klar, dass bei unsern kleinen Territorien in dieser Weise das Erforderniss der Staatsgenehmigung sehr leicht umgangen werden kann. Es ist also auch praktische Nothwendigkeit, dass wir uns für ein ausschliessliches System entscheiden und da sollte die Wahl nicht allzu schwer sein. Prüfen wir etwas näher!

Die Aufhebung der Staatsgenehmigung für die Aktiengesellschaften wird von vielen Seiten als eine gewaltsame Losreissung vom bestehenden Rechtszustand angesehen und darum verurtheilt. Mit Unrecht! Denn bei Lichte betrachtet ist die staatliche Genehmigung zur Bildung einer Gesellschaft, zum Abschluss eines civilrechtlichen Vertrages in unserer Zeit eine befremdende Singularität. Es gibt kein anderes Rechtsgeschäft, dessen Existenz von einem andern Willen abhängig gemacht wird, als dem Willen des Gesetzes und ganz abnorm ist die Einmischung von administrativen Behörden in die Frage, ob Einzelne gewisser civilrechtlicher Institute theilhaftig sein sollen.

Die Staatsgenehmigung für die Aktiengesellschaft steht auf dem im Allgemeinen längst verlassenen Standpunkt des Privilegiums, nach welchem Staat und Polizei noch ihre Hand mit im Civilrechte haben, und widerspricht also dem heute allgemein anerkannten Prinzip der Rechtsgleichheit, die nur dann eine Wahrheit ist, wenn das Recht von vorneherein gesetzt ist und nicht erst im speziellen Falle gewährt wird. Dies trifft hier genau zu, da die zur Ertheilung der Staatsgenehmigung befugten Behörden nicht etwa nach bestimmten gesetzlichen Vorschriften, für deren Beobachtung sie verantwortlich gemacht werden können, sondern nach allgemeinem Gutfinden, nach ihrem bon plaisir entscheiden.

Man hat die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung auf die Eigenschaft der Aktiengesellschaft als juristische Person zurückführen wollen, für deren rechtlichen Bestand eine Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt erforderlich sei. Es ist nun aber klar, dass dieser Satz nur in Frage kommt, wenn es sich um die Auslegung bestehenden Rechtes und nicht auch, wenn es sich um die Schaffung neuen Rechtes handelt. Wir sehen in der Aktiengesellschaft, wie in der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, eine formelle juristische Einheit und von diesen nur qualitativ unterschieden. Auch die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft tritt als juristische Einheit auf, ohne dass Jemand zur Erlangung dieser Eigenschaft einen andern staatlichen Akt verlangt, als eben das Gesetz.

Oder soll die Eigenschaft der Aktiengesellschaft, nach welcher die einzelnen Gesellschafter nicht persönlich und unbeschränkt, sondern nur mit ihrem Aktienbetrag haftbar sind, das Erforderniss einer staatlichen Autorisation begründen? Ganz richtig antwortet der genferische Com-

missionsbericht: „Si les tiers qui ont contracté avec une certaine société l'ont fait, sachant parfaitement que la responsabilité de cette société était limitée aux mises de fonds, il ne sera pas possible de se plaindre. . . . Il n'y aura eu déception pour personne. Ensuite pour parler du principe de la responsabilité limitée en lui-même, bien loin être une innovation, c'est au contraire une idée des plus anciennes. Le fait de la responsabilité, limitée à une mise de fonds, a été accepté, depuis des siècles, comme une nécessité commerciale, c'est la société en commandite. Il y a eu dans ce fait un progrès immense; qui oserait le contester?" Wir heben ausdrücklich noch die Kommanditgesellschaft auf Aktien hervor; denn bei dieser tritt die persönliche Haftungspflicht der Komplementare gewöhnlich noch mehr zurück, als bei der einfachen Kommanditgesellschaft. Es hat Kommanditgesellschaften gegeben, die ein Aktienkapital von mehreren Millionen hatten und dazu als Strohmann einen persönlich haftbaren, aber zahlungsunfähigen Geranten. Gleichwohl hat bis vor Kurzem diese Gesellschaft sich überall der vollständigsten Freiheit erfreut und erst das deutsche Handelsgesetz hat auch für sie die Staatsgenehmigung vorgeschrieben, steht aber damit unsers Wissens noch allein.

Die Unfreiheit der Aktiengesellschaften ist also nach allen Richtungen hin eine Anomalie und wenn sich dieselbe so allgemein und so lange in den Gesetzgebungen erhalten hat, so ist dies nur der verderblichen Einbildung zuzuschreiben, der Staat habe mit seinem Genehmigungsrecht das Messer in den Händen, um die verderblichen Auswüchse dieser so mächtig wirkenden Gesellschaftsform abzuschneiden. Dies führt uns darauf, unsere Frage auch nach ihrer praktischen Seite zu beleuchten.

Mit einer Uebereinstimmung, die Eindruck macht, sprechen sich heutzutage Schriftsteller und Praktiker Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Schweiz gegen die Nützlichkeit der Staatsautorisation aus. Aus der Schweiz haben wir Stimmen aus Zürich, Genf und Basel vernommen. Aus Basel schreibt man uns: „Durch die Staatsgenehmigung wird das Publikum erst recht getäuscht; es bildet sich ein, die Behörde habe die Prosperität des Unternehmens geprüft, prüft dann nicht mehr selber gut genug und dann kommt die Reue. Es wäre schon oft besser gewesen, die Presse und das Urtheil der Masse hätten das letzte Wort gehabt statt der Regierung. Wird zur Seltenheit einmal ein Schwindelgeschäft durch die staatliche Nichtgenehmigung unterdrückt, so taucht es bald in anderer Form wieder auf."

Der Genfer Kommissionalbericht (1864) erklärt die Staatsgenehmigung nicht bloss für gefährlich und zwar darum, weil eine ängstliche Staatsbehörde leicht auch eine gesunde Entwicklung der Associationsthätigkeit hindern könnte, sondern auch für unwirksam, weil die erleuchtetste Regierung nicht im Stande ist, sich durch Studium der Statuten ein Urtheil über eine Gesellschaft zu bilden.

Von grossem Interesse ist namentlich auch das Votum der Hamburger Abgeordneten in der Konferenz zu Nürnberg, die Repräsentanten einer kleinen Republik, deren Entwiklung, wie unsere eigene, auf freier Entwicklung der individuellen Thätigkeit beruht. Die Extravaganzen und Missbräuche, welche bei den Aktiengesellschaften vorkommen, werden zugestanden und beklagt. Es frage sich jedoch, ob und wie die Gesetzgebung etwas zur Verhinderung derselben thun könne, ohne gleichzeitig

für die freie und kräftige Entwicklung des commerziellen Assoziationswesens, dessen folgenreiche Bedeutung für die volkswirthschaftlichen Interessen sich jetzt noch gar nicht übersehen lässt, weit grösseren Nachtheil herbeizuführen; das Heilmittel könne schlimmer wirken, als das Uebel selbst.

Gegen die vorkommenden Missbräuche gebe es hauptsächlich nur Ein wirksames Mittel, nämlich die eigene Erfahrung des Publikums, welche dahin führt, dass die Einzelnen selbst die erforderliche Vorsicht und Mässigung anwenden, ohne sich auf die obervormundschaftliche Fürsorge des Staates zu verlassen. Je mehr die Gesetzgebung spezielle Vorschriften erlässt, um die Einzelnen gegen die Folgen eigener Unvorsichtigkeit in Schutz zu nehmen, desto langsamer und schwächer entwickelt sich die erforderliche Umsicht beim Publikum und um so mehr wird schlauen und gewissenlosen Unternehmern ihr Treiben erleichtert.

Ein schlagender Beleg für diese Wahrnehmung sei das im Jahr 1844 erlassene englische Gesetz über die Aktienbanken. Niemals haben wohl vor dem Erlass dieser als ein Meisterstück gepriesenen Parlamentsakte ärgerer Schwindel und schlimmere Missbräuche stattgefunden, als wie solche bei der im Jahr 1856 fallit gewordenen Royal-British-Bank vorgekommen sind. Und doch konnte sich diese Anstalt rühmen, allen den detaillirten Vorschriften des Gesetzes auf's genaueste nachgekommen zu sein. Auch andere Länder liefern ähnliche Beispiele und es ist eine eben so unrichtige, wie schädliche Meinung, dass die umsichtige Wahrnehmung geschäftlicher Interessen durch die Betheiligten selbst durch den Schutz von oben herab ersetzt werden könne.

Auf der andern Seite berufen sich aber die Abgeordneten von Hamburg auf ihre eigene Stadt, welche trotz der absoluten Freiheit der Aktiengesellschaft gleichwohl von den Extravaganzen und Schwindeleien der letzten Jahre sogar mehr verschont geblieben sei, als Staaten, wo die obervormundschaftliche Fürsorge am weitesten ausgebildet ist.

Unter diesen Gesichtspunkten steht unsere Lösung der vorliegenden Frage nicht vereinzelt da. Es ist der Geist, der sie diktirt, derselbe, der sich in unsern Tagen in allen Verkehrs- und Gewerbsfragen und namentlich in den internationalen Bahn bricht. Es ist nicht unbescheiden, zu sagen, dass das System der Freiheit, das jetzt in den internationalen Handelsverträgen einen Sieg feiert, gerade in der Schweiz immer hochgehalten worden ist. Wie nun in Europa die Entfesselung der Industrie und des Handels vom staatlichen Zollschutz und des Gewerbes von allen polizeilichen Schranken grosse Fortschritte macht, so wird auch die Idee der Befreiung der Aktiengesellschaft ohne Zweifel rasch auf allen Punkten durchdringen. England und Frankreich sind voran; Deutschland schwankt und bald werden die Staaten, welche zur Zeit den französischen Code de commerce adoptirt oder nachgeahmt haben, nachfolgen. Sollte die Schweiz, die alles Glück, dessen sie geniesst, der Freiheit verdankt, gerade hier ängstlich zurückbleiben?! Wenn sie auch wollte, sie kann es nicht mehr. Und warum?

Der französische Staatsrath Duvergier hat in seinem exposé des motifs zu dem Gesetze über die sociétés à responsabilité limitée sehr richtig auf die Wirkungen des Handelsvertrages mit England (vom 15. Mai 1862) hingewiesen: „L'effet de cette

convention sera de permettre aux sociétés anglaises à responsabilité limitée, d'avoir en France une existence légale, d'y faire toutes les opérations, d'y jouir de tous les avantages qui résultent de l'organisation spéciale dont nous avons essayé d'indiquer le mécanisme.... Les commerçants, les industriels français n'ont-ils pas le droit de demander que notre législation leur assure, pour se procurer des capitaux au moyen des associations, toutes les ressources, toutes les facilités dont jouissent leurs puissants et habiles voisins?« Und dasselbe werden die schweizerischen Handelsleute verlangen. Durch die Handels- und Niederlassungsverträge der Schweiz mit England und nun auch mit Frankreich haben die in diesen Ländern auch ohne Staatsautorisation anerkannten sociétés à responsabilité limitée das Recht erhalten, in der Schweiz als Gesellschaften aufzutreten und selbst Niederlassungen zu gründen, ohne dass sie eine staatliche Genehmigung erlangen müssen. Und wir sollten unsern eigenen Kaufleuten, die auf schweizerischem Boden eine Gesellschaft gründen, weniger Vertrauen schenken und ihrem Geist der Unternehmung nicht diejenige Freiheit gönnen, die wir den Franzosen und Engländern zu gewähren gezwungen sind?!

Die bisherigen Ausführungen sollten darthun, dass die staatliche Genehmigung den Zweck, den sie hat, nicht erreicht und gegentheils oft von schädlicher Wirkung ist. Damit sollte nun aber das Uebel selbst, dem man mit dem staatlichen Oberaufsichtsrecht begegnen wollte, nicht geläugnet werden. Es haben in der That von jeher viele schlimme Missbräuche bestanden, zum Verderben von leichtgläubigen Aktionären und unvorsichtigen Kreditoren und es liegt sogar in der Natur der Sache, dass dieselben bei noch mächtigerer Entwicklung des Aktieninstituts noch

stärker werden müssen; denn wo viel Licht, da ist auch viel Schatten. Sollen wir uns nun aber mit diesem Naturgesetz beruhigen, um es jedem Einzelnen zu überlassen, wie er sich schützen kann? Nein! Das Gesetz hat gegenüber der Aktiengesellschaft eine ganz besondere Aufgabe. Dieselbe ist gewöhnlich von einem Umfange, dass sich der Zustand derselben leicht der Wahrnehmung entzieht. Für die Gesellschaft handeln ferner nicht die Gesellschafter selbst, sondern Vertreter, die ihrerseits für die kontrahirten Schulden der Gesellschaft nicht haftbar sind. Endlich haftet überhaupt keine einzelne physische Person mit ihrem ganzen Vermögen und bei dem Konkurs der Gesellschaft trifft Niemanden die Unehre. Diese Eigenthümlichkeiten rechtfertigen den Gesetzgeber, wenn er die Aktiengesellschaft unter die Herrschaft streng durchgeführter Grundsätze stellt. Wir wollen also nicht ein System liederlicher Ungebundenheit, sondern jene Freiheit, die in der G l e i c h h e i t v o r d e m G e s e t z e besteht. Da ist die Strenge, weil sie Jeden gleich trifft, nicht gehässig; sie läuft auch nicht Gefahr, von vorneherein gute Unternehmungen zu hindern und ist endlich auch wirksamer, als das mit schlechtem Gewissen und darum stets ängstlich abgegebene Veto einer Administrativbehörde.

Welches sind nun jene Grundsätze, mit denen das Gesetz die Aktiengesellschaft beherrschen will? Sie lassen sich mit den zwei Worten: O e f f e n t l i c h k e i t und V e r a n t w o r t l i c h k e i t bezeichnen: Oeffentlichkeit der Verwaltung, der Rechnungsstellung, der wichtigsten Vorgänge im Leben der Gesellschaft und zwar besonders, wenn Interessen Dritter berührt werden; Verantwortlichkeit der Aktionäre für ihre Zeichnungen und besonders Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane für ihre Verwaltungshandlungen.

Eine weitgehende Oeffentlichkeit ist für die Aktiengesellschaft das wahre Gesundheitsprinzip und ist bei derselben auch möglich. Denn wenn bei dem Handelsgeschäfte eines Einzelkaufmanns die Scheu, Privatverhältnisse dem Publikum aufzudecken, dem Prinzip der Oeffentlichkeit noch vielfach entgegensteht, so fällt dies dagegen bei der vielköpfigen Aktiengesellschaft völlig weg. Ist von Gesetzeswegen für Oeffentlichkeit hinreichend gesorgt, so ist damit in reeller Weise den Interessen von Aktionären und dritten Personen zu Hülfe gekommen und wer auch dann noch keine Kenntniss nimmt, hat es sich selbst zuzuschreiben.

Das Prinzip strenger Verantwortlichkeit sodann ist eine Folge der grossen Gewalt, welche den Direktoren einer Aktiengesellschaft, um ein einheitliches Regiment zu haben, nothwendig in die Hände gelegt werden muss. Bei der Kollektivgesellschaft ist der Gesellschafter, welcher die Geschäfte führt, zugleich für alle Schulden der Gesellschaft persönlich haftbar und ausserdem ist er mit seinen Mitgesellschaftern durch die Bande persönlichen Vertrauens verbunden, so dass schon hierin die beste Gewähr für seine Handlungsweise liegt. Bei der Actiengesellschaft dagegen ist die Geschäftsleitung Direktoren anvertraut, die sehr oft ein verhältnissmässig nur geringes persönliches Interesse haben und darum muss die Verantwortlichkeit derselben für ihre Handlungen um so mehr geschärft werden. Ihre Gewalt selbst kann das Gesetz nicht einschränken, ohne damit auch die Kraft der raschen Initiative, welche im Handel so Grosses ausmacht, zu schwächen. Um so mehr aber hat das Gesetz die Aufgabe, den ausgedehnten Befugnissen entsprechend auch die Pflichten höher zu stellen.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen werden wir einzelne Bestimmungen des Entwurfes, welche das System vorzüglich karakterisiren, herausheben. Es wird sich dabei zeigen, dass wir in der Grundlage dem englischen und französischen Gesetz und dem genferischen Entwurf, betreffend die sociétés à responsabilité limitée oder sociétés anonymes libres, gefolgt sind, in der Ausführung aber, wie das deutsche Gesetz, es vermieden haben, durch allzu detaillirte Bestimmungen die freie Mannigfaltigkeit zu hindern.

Konstituirung der Gesellschaft.

Zum rechtlichen Bestande einer jeden Gesellschaft gehören Gesellschafter und Gesellschaftsvertrag und dem entsprechend hier Aktienzeichner und Gesellschaftsstatuten. Nach dem Prinzip der Oeffentlichkeit gehört aber formell zur Konstituirung noch die Eintragung in das Handelsregister. Ist die nöthige Zahl von Aktien gezeichnet, so muss diese Thatsache eingetragen werden und dasselbe gilt von den Statuten. (Art. 115 und 116.) Damit ist nun auch ein bestimmter Zeitpunkt für den Anfang der Gesellschaft gefunden, der allen Dritten gegenüber gerechtfertigt ist, aber auch zu deren Gunsten unbedingt Regel macht. Ist daher die Eintragung der gezeichneten Aktien eine irrthümliche, weil die erforderliche Zahl nicht wirklich gezeichnet ist, so gilt dessen ungeachtet die Gesellschaft als konstituirt. Es ist diess eine Konsequenz aus dem Prinzip der Oeffentlichkeit. (Siehe über diese und die sich anschliessenden Fragen Renaud, pag. 236 u. f.)

Nun bestimmen das französische Gesetz von 1863 (Art. 4) und der Genfer Entwurf

(Art. 4): »Les sociétés anonymes libres (à responsabilité limitée) ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social. . . .« Wir ziehen dagegen vor, den Statuten frei zu lassen, die Gesellschaft auch für den Fall als konstituirt zu erklären, dass bloss eine Quote des ganzen Kapitals gezeichnet wird. Nur muss eine solche bestimmte Erklärung in den Statuten stehen, ansonst die Zeichnung des vollen Kapitals erforderlich ist. Das einzige gerechte Verlangen eines Aktionärs oder eines Gläubigers ist, dass er nicht durch Angabe eines bestimmten Aktiengrundkapitals getäuscht werde; er ist dies aber nicht, wenn die Statuten ausdrücklich erklären, dass ein Theil des Kapitals genügen soll. Es würde uns als eine unnütze Plackerei erscheinen, dies in dem Gesetze zu verbieten und zwar um so mehr, als die Erfahrung beweist, dass die Bestimmung, wonach zur Konstituirung nicht das ganze Grundkapital gezeichnet zu sein braucht, in der Geschäftswelt sehr häufig vorkommt. So erklären z. B. die Statuten der schweizerischen Feuerversicherungsgesellschaft Helvetia die Gesellschaft als konstituirt, wenn 6 Millionen, d. h. $^3/_5$ des Grundkapitals gezeichnet sind; die Basler-Feuerversicherungsgesellschaft verlangt ebenfalls $^3/_5$ etc.

Das französische Gesetz und der Genfer Entwurf enthalten noch eine Anzahl von speziellen Vorschriften über die Grösse von Kapital und Aktien. Nach dem französischen Gesetz (Art. 3) darf das Aktienkapital die Summe von 20 Millionen nicht übersteigen und es kann, wenn es nicht höher ist als 200,000 Fr., nicht in Aktien von weniger als 100 Fr. und bei höherem Betrage nicht in Aktien von weniger als 500 Fr. getheilt sein. Nach dem Genfer Entwurf (Art. 3) darf das Aktienkapital nicht

weniger als 100,000 Fr. und nicht mehr als 5 Millionen, die einzelne Aktie nicht weniger als 100 Fr. betragen.

Der schweizerische Entwurf hat, wie die englische Gesellschaftsakte vom 7. August 1862 keine solchen Bestimmungen aufgenommen. Sie sind zu eng für die so verschiedenartigen Bedürfnisse, die in der Gegenwart oder gar in der Zukunft die Aktienform nothwendig haben. Jene Vorschriften sind auch eher zu rechtfertigen da, wo neben der société à responsabilité limitée noch die alte société anonyme mit Staatsgenehmigung fortbesteht. Mit unserm System aber sind sie unmöglich; denn warum sollten nicht Aktiengesellschaften mit einem höhern Kapital als 5 Millionen, aber auch solche mit Aktien von weniger als 100 Fr. zulässig sein?

Es sagt übrigens auch der Genfer Kommissionalbericht (pag. 16) selbst: „L'expérience nous amènera peut-être plus tard à élever cette limite ou à la supprimer entièrement."

Wir halten es ebenso mit der Beschränkung, wonach eine freie anonyme Gesellschaft nicht weniger als 7 Mitglieder haben darf, wie dies im englischen und französischen Gesetz und in dem Genfer Entwurf ausgesprochen ist. Wer soll denn bei Inhaberaktien überwachen können, ob noch mehr oder weniger als 7 Aktionäre vorhanden sind und wenn nur noch 6 sind, sollte da die Aktiengesellschaft rechtlich aufgehört haben zu bestehen? Das ist künstlich und dazu dem Geiste dieser Gesellschaft nicht entsprechend; denn es soll ja bei derselben nicht auf die Individuen, sondern auf die Kapitaltheile ankommen. Bestimmungen solcher Art mögen zwar vorsichtig sein und in einzelnen Fällen

Missbräuchen abwehren. Allein im grossen Ganzen haben sie wenig zu bedeuten; das kaufmännische Interesse ist der beste Regulator dafür, dass die Aktiengesellschaftsform nur da angewendet wird, wo sie einem wirklichen Bedürfniss entspricht.

Nach dem deutschen Gesetz müssen bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Aktien auf einen Betrag von mindestens 200 Vereinsthalern lauten. Dieselbe Beschränkung steht aber nicht auch bei den Aktiengesellschaften, obgleich der Grund für diesen Unterschied schwer zu begreifen ist. Allerdings sind die Missbräuche mit Aktien, welche um ihres geringen Betrages willen eher mit Lotteriebillets Aehnlichkeit haben, bei Kommanditgesellschaften öfter vorgekommen. Es gab in Frankreich solche Gesellschaften mit Aktien von einem Franken. Allein dies rührte davon her, dass nur die Kommanditgesellschaft frei war und daher alle Geschäfte von zweifelhaftem Karakter diese Form der Gesellschaft wählten. Diese ungünstige Stellung der Kommanditgesellschaft hat sich auch in Frankreich verändert, seitdem das Gesetz vom 17. Juli 1856 strenge Bestimmungen über dieselbe verhängt hat und es wird nach der Freierklärung der Aktiengesellschaft durch das Gesetz von 1863 in noch höherm Maasse geschehen.

Zur Konstituirung einer société à responsabilité limitée gehört endlich nach dem französischen Gesetz, so wie nach dem Genfer Entwurf auch die Einzahlung von wenigstens einem Viertel des Aktienkapitals. Es ist nicht zu läugnen, dass diese Bestimmung sehr geeignet ist, Aktiengesellschaften zu verhindern, bei denen es die Gründer und ersten Zeichner ohne ernsthafte Absichten auf das Geschäft selbst nur auf

das Agio beim Verwerthen ihrer Aktien abgesehen haben. Es soll verhütet werden, dass Diejenigen, welche einer Aktiengesellschaft mit schwindelhaftem Programm Kredit geschenkt haben, trotz grossen Zeichnungen eine leere Kasse finden. Allein auf der andern Seite ist die Forderung der Einzahlung eines Viertels übertrieben und trifft mit ihrer Strenge nicht allein schwindelhafte Unternehmungen, sondern auch Aktiengesellschaften, deren Anlage durchaus solid ist, die zwar ein grosses Aktienkapital im Hintergrunde halten müssen, in deren Interesse es aber gar nicht liegt, die Einzahlung eines Viertels vor sich gehen zu lassen. Dies gilt nun besonders von den Versicherungsgesellschaften. So können in der schweizerischen Rückversicherungsgesellschaft in Zürich Einzahlungen über die ersten 15 % per Aktie nur verlangt werden, sofern sie zur Deckung von Verlusten und Ausgaben nöthig sind, welche die dannzumal vorhandenen Mittel der Gesellschaft übersteigen. In derselben Weise setzen die Statuten der Basler Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden 20 % fest. Allein es kann auch jede andere industrielle oder Handels- oder Bankgesellschaft es angemessen erachten, vorsichtig mit kleinen Einzahlungen vorwärts zu gehen. Und das Gesetz sollte die Gesellschaft dazu zwingen, trotz einer Krisis, trotz des grossen Geldmangels, trotzdem für sie ein grosser Kapitalvorrath nur eine verderbliche Last ist, dennoch die Einzahlung von 25 % zu fordern? Das Gesetz, das so gut versteht, einzudämmen, dass der freie Lauf des Verkehrslebens gehemmt ist, ist ein schlechtes Gesetz.

Der schweizerische Entwurf setzt, wie das holländische Gesetz von 1838 (Art. 51) als Minimum der ersten Aktieneinzahlung 10 % fest. Er thut so dem bestehenden Gebrauche keine Gewalt an

und erreicht doch im Allgemeinen den Zweck, der beabsichtigt ist. 10 % einbezahlt mit der unbedingten Haftung des Zeichners für 40 % der Aktie schützt schon recht wirksam gegen Unternehmungen, die auf Schwindel abgesehen sind.

So lange die 10 % nicht einbezahlt sind, soll die Aktiengesellschaft ihre Geschäfte nicht beginnen; thut sie es doch, so haften für die eingegangenen Verpflichtungen auch Diejenigen, welche für die Gesellschaft gehandelt haben, und zwar persönlich und solidarisch. (Art. 120). Diese Verantwortlichkeit wird genügen, jene Vorschrift der Einbezahlung zu sanktioniren. Wir lassen also nicht, wie das französische Gesetz und der Genfer Entwurf, den rechtlichen Bestand der Gesellschaft von der gemachten Einzahlung abhängen und finden das sogar unrichtig, da schon die Einladung zur Einzahlung eine Vertretung der konstituirten Gesellschaft voraussetzt. Dagegen erreichen wir mit unserer Bestimmung eher ein Mehreres, nämlich die Haftung der Direktoren oder Gründer, welche im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, aber ausserdem noch, da die Gesellschaft auch ohne Einzahlung als konstituirt betrachtet wird, die Haftung der Aktionäre als solcher für den Aktienbetrag.

Abänderung der Gesellschaftstatuten.

Es ist vielfach bestritten worden, dass die Bestimmungen der Gesellschaftstatuten durch Beschlüsse der Generalversammlung abgeändert werden dürfen und zwar davon ausgehend, dass die Statuten der Grund- oder Verfassungsvertrag seien, auf dessen Inhalt jeder einzelne Aktionär gezeichnet hat und der daher ebenso wenig als

der Gesellschaftsvertrag einer Kollektivgesellschaft durch eine Mehrheit der Gesellschafter abgeändert werden könne. Die Vergleichung mit dem Vertrag von Kollektivgesellschaftern ist aber insofern nicht richtig, als das individuelle Moment bei der Aktiengesellschaft noch viel mehr zurücktritt, der Einzelne in dem Organismus fast ganz aufgeht. Diese Natur der Aktiengesellschaft ist natürlich bei der Zeichnung der Aktie selbst bestimmend und muss daher bei der Frage, in welchem Geiste der Beitritt zu den Gesellschaftstatuten geschehen ist, einwirken. Nun gibt auch Renaud*), ein Hauptverfechter der Unabänderlichkeit der Statuten, zu, dass einer Bestimmung in den Statuten selbst, wonach dieselben durch Beschluss der Generalversammlung verändert werden können, nichts entgegenstehe. Grundsätzlich steht also einem Majoritätsbeschlusse über Statutenveränderung Nichts entgegen; nur müsse eine solche in den Statuten vorgesehen sein.

Nach unserer Ansicht liegt danach eine Frage der Interpretation des Vertragswillens der Aktionäre vor. Nun entspricht allerdings der Natur und dem Wesen der Aktiengesellschaft ein abändernder Majoritätsbeschluss dann nicht, wenn aus den statutarischen Bestimmungen, um deren Veränderung es sich handelt, selbst hervorgeht, dass die Aktionäre die Fortexistenz derselben nicht dem Willen der Majorität unterwerfen wollten. Dies gilt namentlich von den durch die Statuten den Aktionären gewährleisteten Einzelrechten, welche also nicht den Organismus als solchen betreffen, sondern das einzelne Individuum. In Beziehung auf die grosse Menge von organisatorischen Bestimmungen dagegen, welche in den

*) Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften, p. 461.

Statuten gewöhnlich enthalten, oft aber auch den Gesellschaftsbeschlüssen überlassen sind, liegt es gewiss vielmehr im Willen des einzelnen Aktionärs, dass die Statuten durch Beschlüsse abgeändert werden können, als dass sie sozusagen unabänderlich sind. Soll es nun aber nach diesem Grundsatze davon abhängen, ob die Statuten ausdrücklich von der Abänderung sprechen oder nicht? Nein! Es ist eben die Aufgabe des Gesetzes, nicht nur normirend, sondern auch den Vertragswillen ergänzend aufzutreten und besonders hier, wo es praktisch ausser Zweifel steht, dass die Unveränderlichkeit von schlechten Statuten eine Gesellschaft in die Lage eines Menschen bringen kann, der Kette und Halseisen durch's Leben schleppen muss.

In diesen Worten liegt die Vertheidigung der Bestimmungen des schweizerischen Entwurfs. (Art. 127 und 128). Es durfte die Frage, welche Bestimmungen der Statuten abänderlich sind, nicht total der Theorie überlassen bleiben und wir hoffen, unsern Gedanken im Entwurf deutlich ausgesprochen zu haben. Wenn z. B. nach einer statutarischen Bestimmung der jährlich erzielte Gewinn vollständig an die Aktionäre ausbezahlt werden soll, so darf dennoch in Veränderung dessen die Bildung eines Reservefonds in die Statuten aufgenommen werden. Das Recht auf die volle Dividende ist zwar auch ein Einzelrecht; allein es handelt sich doch dabei auch um eine Massregel der Gesammtökonomie, welche wieder alle Aktionäre auf gleichem Fuss hält. Der Entwurf spricht darum auch im Art. 128 nur von dem Verhältniss zwischen den einzelnen Aktionären oder den einzelnen Klassen von Aktionären, zu dessen Veränderung die Zustimmung der Berechtigten nothwendig sei.

Ob das deutsche Gesetz die Statutenveränderung durch Gesellschaftsbeschlüsse zulässt, ist nach Renaud (pag. 460 u. f.) zweifelhaft. Das französische Gesetz von 1863 dagegen gestattet im Art. 10 und 14 ohne alle Einschränkung die Abänderung der Statuten; es ist aber wohl die Ausnahme, die wir in den Art. 127 und 128 ausgesprochen haben, auch hier mitverstanden. Auch das bernische Gesetz von 1860 (Art. 25) gestattet Veränderungen der Statuten.

Was sodann die Art und Weise der Beschlussfassung über eine Statutenveränderung betrifft, so enthalten die verschiedenen Gesetze zwar auch verschiedene Bestimmungen; allein überall herrscht der Gedanke, mehr zu verlangen, als eine einfache Stimmenmehrheit. Das französische Gesetz von 1863 erfordert, dass für Beschlüsse über Statutenänderung, sowie über die Einlagen von Aktionären, die nicht in Geld bestehen, über die Fortsetzung der Gesellschaft und endlich zur Wahl der ersten Administratoren wenigstens die Hälfte der sämmtlichen Aktionäre in der Generalversammlung vertreten sei. Ist diess der Fall, so entscheidet die Mehrheit, wie sie in den Statuten bestimmt ist. (Art. 12).

Nach der englischen companies-act vom 7. August 1862 bedarf es einer „special resolution“ und diese muss in einer ersten Generalversammlung von mindestens drei Viertheilen der anwesenden oder vertretenen Aktionäre und des Aktienkapitals und in einer zweiten Versammlung durch die Majorität votirt sein.

Das bernische Gesetz (Art. 25) verlangt für jeden Beschluss über Abänderung der Statuten, über Verlängerung der Gesellschaft oder Auflösung vor der festgesetzten Zeit, dass sich eine Stimmenanzahl dafür er-

klärt, welche mindestens $^2/_3$ des Grundkapitals darstellt. Dabei werden allfällige andere Bestimmungen der Statuten vorbehalten.

Es erscheint uns als eine Einseitigkeit, bloss das Kapital zu berücksichtigen, statt auch die Köpfe. Das Kapital repräsentirt allerdings das Interesse, obschon auch der Unbemittelte an seiner einzigen Aktie so starkes Interesse haben kann, als der Millionär an seinen hundert Aktien. Den Geist aber und die Einsicht repräsentirt der einzelne Kopf, abgesehen von der Zahl der von ihm vertretenen Aktien. In diesem Sinne enthält das System des schweizerischen Entwurfes (Art. 124) eine glückliche Mischung, aber auch insofern, als einerseits mit den $^3/_4$ des gesammten Aktienkapitals, welche in der Generalversammlung vertreten sein müssen, eine Ueberrumpelung durch eine Majorität unmöglich ist, anderseits aber dadurch, dass, da in einer zweiten Versammlung jene $^3/_4$ nicht mehr erforderlich sind, ein Fortschritt doch nicht auf die Dauer durch die Nachlässigkeit der zu Hause gebliebenen Aktionäre gehindert wird.

An die Frage der Veränderung des Statuts schliesst sich als eine besondere Art der Veränderung die theilweise Rückzahlung des Kapitals an die Aktionäre. Sie ist wohl die gefährlichste Veränderung für die Gesellschaftsgläubiger und darum muss das Gesetz diesen letztern einen energischen Schutz verleihen. Der schweizerische Entwurf thut es durch Anwendung der beiden Prinzipien der Oeffentlichkeit (Art. 130) und der Verantwortlichkeit der Aktionäre und des Vorstandes. (Art. 131).

Haftung für den Betrag der Aktien.

Die Regulirung dieser Haftung hat im deutschen Gesetz zu einem komplizirten und inkonsequenten System geführt. Dasselbe unterscheidet zwischen Aktien auf den Namen und Aktien auf den Inhaber. Bei der Namen-Aktie haftet der Zeichner für den vollen gezeichneten Aktienbetrag, selbst wenn er die Aktie auf einen Andern übertragen hat. Er wird aber von dieser Haftung befreit, wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber an seiner Stelle annimmt und ihn der Verbindlichkeit entlässt, soll aber gleichwohl für alle bis zu seinem Austritt eingegangenen Gesellschaftsschulden auf Höhe des Rückstandes noch auf ein Jahr subsidiarisch verhaftet sein. Dasselbe gilt auch von jedem spätern Aktionär, der nicht Zeichner ist. Bei der Inhaber-Aktie dagegen haftet der erste Zeichner als solcher nicht für den vollen Aktienbetrag, sondern bloss für 40 % des Nominalbetrages, für diese jedoch unbedingt, so dass er auch von der Gesellschaft nicht davon entbunden werden kann. Endlich haftet bei der Namen-Aktie der Zeichner und jeder folgende, also auch der wieder ausgetretene Aktionär, bei der Inhaber-Aktie aber nur der Zeichner und der dermalige Aktionär.

Der schweizerische Entwurf hebt jeden Unterschied zwischen Inhaber- und Namen-Aktie auf. Es haftet vor Allem jeder wirkliche Aktionär für die rückständigen Aktieneinzahlungen. Nur wird bei der Namen-Aktie ein Aktionär so lange als wirklicher Aktionär betrachtet, bis sein nachfolgender Erwerber in's Aktienbuch eingetragen ist, so dass die Gesellschaft stets eine Person hat, an die sie sich als Aktionär halten kann,

während natürlich bei der Inhaber-Aktie der wirkliche Aktionär unbekannt sein kann. (Art. 141). Sodann haftet auch jeder Zeichner einer Aktie, ganz abgesehen davon, ob er die Aktie veräussert hat, als Zeichner für 40 % des Nominalbetrages und zwar in unbedingter Weise. Auch die Statuten der Gesellschaft können diese Haftung des Zeichners nur erhöhen, nicht aber auch herabsetzen. (Art. 142 und 143).

Dieses System des schweizerischen Entwurfes ist nicht nur einfacher, sondern auch richtiger, als dasjenige des deutschen Gesetzes. Wir verweisen zur Begründung dessen auf die vortreffliche Darstellung in Renaud, Recht der Aktiengesellschaften, pag. 633 u. f. Wir können namentlich nicht einsehen, wo der Grund dafür liegt, dass der Zeichner einer Namenaktie, der noch gar nichts eingezahlt hat, von jeder Verpflichtung soll entbunden werden können, während der Zeichner einer Inhaberaktie unter allen Umständen für 40 % haftbar ist. Die unbedingte und fortdauernde Haftung des Zeichners für einen bestimmten Theil des Aktienbetrages ist eine Massregel, die, wir nicht nur für eminent praktisch halten, sondern die auch juristisch gerechtfertigt ist. In der Aktiengesellschaft sollen die Aktionäre nicht persönlich und in infinitum haftbar sein, sondern es bildet das Aktienkapital die Garantie der Gesellschaftsgläubiger. Nun soll aber diese Garantie eine wahrhaftige sein und nicht bloss aus Zahlen des Aktienregisters bestehen. Der Verkehr mit Aktien soll zwar nicht übermässig beschränkt werden; aber er darf nicht auf Kosten der berechtigten Ansprüche von Mitaktionären und Gläubigern der Gesellschaft geschehen. Es ist nicht mehr Verkehrsfreiheit, sondern Schwindel, wenn Millionen von Aktienkapital so gezeichnet werden, dass die Zeichner, nachdem sie vielleicht 5 % einbezahlt

haben, die Promessen, um ein hohes Agio in den Sack zu stecken, wieder verkaufen und dann von allen Verbindlichkeiten frei und ledig sind. Zeigt sich dann das Unternehmen als ein verfehltes, so unterlassen die Erwerber der Aktien die fernern Einzahlungen und es sind dann diejenigen Aktionäre, die sie gemacht haben und die Gesellschaftsgläubiger geprellt. Die soliden, Vertrauen erweckenden Namen der ersten Zeichner sind nur noch ein leerer Schall; an ihre Stelle sind jetzt vielleicht Aktionäre getreten, die entweder nicht fähig sind, die Einzahlungen zu leisten, oder bei Inhaberaktien nicht einmal gekannt sind.

Diesen Gefahren, die bei dem überregen Unternehmungsgeist der jetzigen Zeit nicht zu übersehen sind, darf nun aber nur so begegnet werden, dass nicht auf der andern Seite einem erlaubten und wohlthätigen Verkehr die Zügel allzu schraff angezogen werden. Die Ausschweifungen sollen möglichst verhindert werden, aber immerhin mit Schonung der Spekulationsfreiheit, ohne die der Verkehr seine grossen Dienste nicht mehr zu leisten im Stande wäre. Die Uebertragbarkeit der Aktien soll daher gesetzlich nicht gehindert sein. Ebensowenig beschränkt der schweizerische Entwurf die Ausstellung auf den Inhaber, sei es von Aktien, sei es von Promessen oder Interimsscheinen, abgesehen davon, dass wir diese Massregel auch nicht für sehr wirksam ansehen. (Siehe auch hierüber die Auseinandersetzungen in Auerbach, das Gesellschaftswesen, pag. 317 u. f.)

Das bernische Gesetz über Aktiengesellschaften (Art. 23) stellt es, wenn Inhaber-Aktien ausgegeben werden, den Statuten frei, zu bestimmen, „dass bis zu einem gewissen Betrag oder bis zur vollen Höhe der Aktie

der Zeichner einer Aktie unbedingt und abgesehen von allfälligen Veräusserungen seiner Aktie zu haften habe.“ Allein damit ist in der Regel wenig erreicht. Es sind gerade die Gründer der Gesellschaft, also Diejenigen, welche die Statuten ausarbeiten, sehr oft auch zugleich die Speculanten, die es nicht auf einen Gewinnst im ordentlichen Gewerbebetrieb, sondern auf das Agio beim Aktienverkauf abgesehen haben. Ebenso sind nach dem oben Bemerkten Bestimmungen nicht nur für Inhaber-, sondern auch für Namen-Aktien nothwendig.

Das Zürcher-Civilgesetz (§ 1346) schreibt vor: „Wenn die Aktien oder Aktientheile auf den Inhaber ausgestellt werden, so ist bei Ertheilung der Staatsgenehmigung dafür zu sorgen, dass die Zeichner solcher Aktien für die Einzahlung eines erheblichen, für den einzelnen Fall zu bestimmenden Theils ihres Nominalbetrages persönlich verpflichtet werden. Weder die Statuten, noch besondere Verträge der Einzelnen mit der Gesellschaft dürfen von dieser Verpflichtung entbinden, wohl aber dieselbe erhöhen.“ Diese Bestimmung ist zwar energischer; allein es zeigt sich gerade hier sehr deutlich, wie unangemessen die Einmischung der administrativen Staatsgewalt in die Bestimmung von rein civilrechtlichen Verpflichtungen der Aktionäre ist, wie sehr es als Willkür erscheinen muss, wenn z. B. der Aktionär der einen Gesellschaft von der Staatsbehörde zu 20 %, der Aktionär einer andern aber zur Haftung für 60 % verpflichtet wird.

Nach der englischen compagnies-act von 1862 ist bei der Gesellschaft „limited by shares“ die Haftbarkeit sowohl bei gegenwärtigen als frühern Mitgliedern jedenfalls auf den Betrag der unterzeichneten Aktien, sowie

bei der Gesellschaft „limited by guarantee“ der zu leistende Beitrag auf den im „Memorandum of association“ angegebenen höchsten Betrag beschränkt. Allein es ist bei diesen, wie bei den companies with illimited liability ein ausgetretener Gesellschafter nicht beitragspflichtig, wenn bereits seit dem Tage des Ausscheidens aus der Gesellschaft bis zum Beginn der Liquidation ein Jahr verstrichen ist. Ferner ist ein ausgetretener Gesellschafter nicht verpflichtet, zur Tilgung derjenigen Schulden beizutragen, welche erst nach seinem Austritte entstanden sind. Es hat sich die englische Gesetzgebung im Sinne einer leichtern Haftbarkeit verändert, da noch nach den Gesellschaftsakten von 1856 und 1857 bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit alle diejenigen frühern Aktionäre mithafteten, welche noch nicht seit länger als 3 Jahren aufgehört haben, Aktieninhaber zu sein. — Das englische System passt jedoch offenbar nur da, wo, wie in England, nur Namen-Aktien ausgegeben werden. Ausserdem würde dessen Anwendung auf unsere Verhältnisse nicht leicht und nicht fruchtbringend sein. Die Frist eines Jahres ist zu kurz und die Unterscheidung von Schulden, die vor dem Austritt eines Gesellschafters und solchen, die nachher kontrahirt worden sind, jedenfalls sehr schwierig.

Einen starken Gegensatz zu dem berührten System bilden das französische Gesetz vom 23. Mai 1863 „sur les sociétés à responsabilité limitée“ (Art. 3) und der entsprechende Genfer Entwurf (Art. 2). Beide erklären übereinstimmend: „Les souscriptions sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du total des actions par eux souscrites“, eine Bestimmung, die schon in dem französischen Gesetz vom 17. Juli 1856 „sur les sociétés en commandite par actions“ enthalten ist. Wir halten diese Bestimmung als zu belästigend für den

Aktienverkehr. Der Aktienzeichner geräth in die Lage, seine Aktien behalten zu müssen, wenn er nicht der Gefahr ausgesetzt sein will, später bei verschlechtertem Kurse, wenn er eben diesen nicht riskiren wollte und darum losgeschlagen hat, gleichwohl für den vollen Aktienbetrag haften zu müssen. Das Risiko ist zu gross, um nicht den Aktienverkehr und damit natürlich auch die Aktienzeichnung selbst zu hemmen. Die Furcht vor Missbräuchen darf nicht zu einer Massregel verleiten, die einen an und für sich gesunden und schon erstarkten Theil des Papierverkehrs tödten würde. Die Beweglichkeit, die Loslösung von einer bestimmten Persönlichkeit, der sachliche Karakter ist nun einmal Grundzug des Aktienwesens. Nach der Auffassung des Continents haften nicht die Aktionäre subsidiär und für eine beschränkte Summe (limited by shares und limited by guarantee), wie nach englischer Auffassung, sondern es haften die Aktienbeträge selbst und zu diesen ist daher an und für sich nicht eine bestimmte Person, nämlich der Zeichner, verpflichtet, sondern der jeweilige Inhaber der Aktie. Es ist die F o r m der obligatio so intensiv und entscheidend geworden, dass sie als selbstständiges Vermögensobjekt erscheint und für die äussere juristische Behandlung die obligatio selbst zurücktritt. Rechte und Pflichten sind also vornehmlich an die Aktie selbst geknüpft.

Wenn wir nun gleichwohl den Aktienzeichner als solchen obligatorisch verpflichten, für einen Theil des Aktienbetrages zu haften, so ist diess als eine rechtspolitische Massregel anzusehen, um die Haftung des gezeichneten Aktienkapitals so viel möglich auch praktisch zur Wahrheit zu machen. Aber gerade darum gehen wir auch nicht weiter, als die Erreichung dieses Zweckes in der

Regel erheischt. Wir halten dafür, dass eine unbedingte Verpflichtung des Zeichners zu 40 % des Nominalbetrages, ohne allzusehr zu drücken, regelmässig genügen wird, einerseits illusorische Zeichnungen zu verhindern und anderseits der Gesellschaft den vollen Aktienbeitrag zu verschaffen. Denn wenn einmal 40 % einbezahlt sind, sei es vom ersten Zeichner, sei es vom Inhaber der Promesse, so werden diese ihre bereits geleisteten Einzahlungen und damit ihre Rechte, wenn das Geschäft nicht allzu schlecht steht, nicht leicht im Stich lassen, sondern vorziehen, auch die weitern Einzahlungen über die 40 % hinaus zu leisten. Der Zeichner soll in diesem Fall nach Art. 142, Satz 3 wieder in die Rechte eines Aktionärs eingesetzt werden. Kann aber der Aktienzeichner die Einzeichnungen nicht leisten, nun so könnte er es ebensowenig, wenn er, statt zu 40 %, zum vollen Aktienbetrag verpflichtet sein würde.

Es ist in der Konferenz zu Nürnberg gegen die Haftung des Zeichners für 40 % eingewendet worden, sie gehe unter Umständen zu weit und dabei wies man namentlich auf die Assekuranz-Aktiengesellschaften hin, welche gewöhnlich nicht mehr als 20 % einzahlen lassen. Wir behaupten dagegen, dass jene Haftung gerade für die Assekuranzgesellschaften sehr zweckmässig ist. Die Zukunft einer jeden solchen Gesellschaft, ihre Grundlage mag noch so gut sein, ist durch unberechenbare Faktoren bestimmt; trotz allen Durchschnittsberechnungen spielt im Unglück der Zufall immer noch die grösste Rolle. Darum beginnt die Gesellschaft mit einem grossen Aktienkapital und je grösser es ist, desto mehr Vertrauen muss sie einflössen. Die Einzahlungen dagegen

betragen gewöhnlich nur 20 % oder selbst nur 10 %, und mehr Kapital ist allerdings gewöhnlich überflüssig. Gerade hier ist also das Missverhältniss zwischen dem gezeichneten Aktienkapital auf dem Papier und dem einbezahlten in der Kasse bedeutend und es kann mit Sicherheit nur gehoben werden durch eine unbedingte Verpflichtung des Aktienzeichners zu fernern Einzahlungen. Allerdings enthalten z. B. die Statuten der schweizerischen Rückversicherungsgesellschaft in Zürich und der Basler-Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden Bestimmungen, nach denen der Aktienzeichner für den vollen Betrag seiner Aktien verhaftet ist. Es werden in der erstern nur 15 %, in der letztern 20 % in baar einbezahlt; für die restirenden Prozente aber hat der Aktionär eine Obligation auszustellen, die nicht veräussert und nicht verpfändet werden kann. Allein es kann doch der Zeichner seine Aktien übertragen; seine Obligation ist ihm nach Deponirung einer gleichlautenden Verpflichtung des Cessionärs zurückzustellen und damit ist der Zeichner gänzlich befreit. Nach dem System des schweizerischen Entwurfes dagegen ist die Haftung des ursprünglichen Zeichners, der vielleicht gerade Vertrauen eingeflösst hat, eine definitive. Will er aber seine Aktie abtreten, so kann er sich ja durch den Erwerber für den Fall, dass er für die 40 % haften muss, Sicherheit bestellen lassen.

Die angeführten Bestimmungen beziehen sich auf die Haftbarkeit nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber den Gläubigern der letztern; es haben auch diese ganz selbstständige, vom Willen der Gesellschaft unabhängige Rechte.

Ganz abgetrennt davon ist aber das V e r h ä l t n i s s z w i s c h e n d e n s i c h f o l g e n d e n A k t i o n ä r e n

und besonders das Rechtsverhältniss zwischen dem Aktienzeichner, der für die 40 % haftbar gemacht wird, und den Aktienerwerbern. Dasselbe muss sich beurtheilen nach der einzelnen Aktienabtretung und diese kann einen sehr verschiedenen Inhalt haben. Der Entwurf hat mit Absicht auch die Form der Abtretung nicht berührt; die Bestimmung derselben ist den Statuten offen gelassen, die denn auch sehr verschieden lauten.

Die Organisation der Aktiengesellschaft.

Von nicht geringerer Wichtigkeit, denn die Haftbarkeit der Aktionäre, ist die Frage der Organisation und der damit zusammenhängenden Verantwortlichkeit der Gesellschaftsbehörden. Auf der letztern beruht, da die einzelnen Aktionäre nicht persönlich haften, viel von der Sicherheit des Gesellschaftskapitals.

Vorstand heissen mit Einem Ausdrucke alle die verschiedenen Gesellschaftsorgane, welche die Gesellschaft vertreten sollen. Es ist aber der Autonomie der Gesellschaften überlassen, die einzelnen Organe je nach Bedürfniss zu bestimmen. Wir finden in vielen Statuten ein Direktorium ohne Verwaltungsrath, oft auch einen Verwaltungsrath, einen Verwaltungsausschuss und einen Direktor, welcher das ordentliche Organ der Gesellschaft nach Aussen ist, und am häufigsten einen Verwaltungsrath und ein Direktorium oder leitenden Ausschuss. Es kann endlich der Vorstand auch aus einem einzelnen Direktor bestehen. Ist aber ausser diesen eigentlichen Organen noch eine Behörde zur blossen Aufsicht bestellt, so gehört diese nicht zum Vorstand.

Die Vertretungsbefugniss des Vorstandes gegenüber von dritten Personen ist nach dem deutschen Gesetze eine unbeschränkbare, jede Einschränkung also ohne rechtliche Wirkung. Es ist nun zwar die Unbeschränkbarkeit einer Vertretungsbefugniss der Sicherheit des Verkehrs mit einer Aktiengesellschaft sehr zuträglich: die Aktiengesellschaft gewinnt nach der einen Seite hin. Jede Beschränkung ist unsicher in ihrem Umfange und auch über ihre Existenz können Zweifel entstehen. Gleichwohl halten wir mit Renaud (pag. 512—520 u. a. O.) die absolute Unbedingtheit jenes Satzes für ungerechtfertigt. Gewichtige Stimmen des Handelsstandes lassen sich gegen die zu grosse Ausdehnung der Gewalt des Vorstandes vernehmen. Die Gesellschaft zwingen, einem Vorstande die Macht in die Hand zu geben, sie zu ruiniren, ist exorbitant und die Gefahr, die damit für die Gesellschaft vorhanden ist, ist grösser, als die Vortheile, die aus der Unbeschränktheit hervorgehen. Wir selbst haben zwar dieses selbe Prinzip angewendet auf die Vertretungsbefugniss des Prokuristen und des Kollektivgesellschafters (schweizerischer Entwurf, Art. 29, 69.) Allein es hat der Prokurist faktisch insofern keine so grosse Gewalt, wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft, als er viel leichter und genauer überwacht werden kann. Dann aber liegt die Bestellung eines Prokuristen und damit die Annahme der Folgen dieses so strengen Rechtsinstitutes in der freien Wahl des Prinzipals, der an deren Stelle auch nur eine Handlungsvollmacht ertheilen kann, während eine Aktiengesellschaft unmöglich anders agiren kann, als durch die Vertretung eines Vorstandes. Was die Vertretungsbefugniss eines Kollektivgesellschafters betrifft, so ist diese allerdings nach dem schweizerischen Entwurf ebenfalls unbeschränk-

bar. Allein der Kollektivgesellschafter ist ein wirklicher Träger der Gesellschaft; er haftet persönlich und auch unbeschränkt für ihre Schulden. Sein eigenes hohes Interesse ist das natürliche Gegengewicht gegen die Gefahr seiner grossen Gewalt, während die Mitglieder eines Vorstandes der Aktiengesellschaft persönlich nur mit kleinen Summen haften, die zu dem, was durch ihre Handlungsweise gefährdet werden kann, in keinem Verhältnisse stehen.

Unser System ist nach dem Gesagten auch hier bestrebt, zweien sich widerstreitenden, aber gleichberechtigten Interessen, nämlich Schutz der Gesellschaftsgläubiger und Schutz der Aktionäre, Rechnung zu tragen. Die Vertretungsbefugniss soll an sich eine unbeschränkte sein und also die Gesellschaft für die Handlungen ihres Vorstandes einstehen. Es soll aber auch nicht ausgeschlossen sein, jene Befugniss zu beschränken, allein immerhin nur in einer Weise, die es den Dritten möglich macht, sich vor Täuschungen zu schützen, d. h. durch Aufnahme der Beschränkung in die Statuten, welche hinwieder einregistrirt und publizirt werden. Endlich bleibt in diesem, wie in allen gleichartigen Fällen, stets die mala fides vorbehalten: es erheischen Treu und Glauben, dass sich niemals Einer auf die Unbeschränktheit einer Vertretungsbefugniss berufen kann, wenn ihm so oder anders bekannt geworden ist, dass eine Beschränkung des Vorstandes stattgehabt hat. (Schweizerischer Entwurf, Art. 157).

Im gleichen Sinne entscheidet der schweizerische Entwurf die Frage der Vertretungsbefugniss gegenüber dritten Personen für den Fall, wo der Vorstand

aus mehrern Organen besteht. Es soll den Dritten nicht zugemuthet werden, zu untersuchen, ob der Verwaltungsrath oder das Direktorium oder der leitende Ausschuss, sei es einzeln, sei es im Zusammenwirken, zur Vertretung befugt seien. Jedes einzelne Organ gilt als unbeschränkt befugt, was aber durchaus nicht etwa sagen will, dass auch jedes einzelne Mitglied des betreffenden Kollegiums als mit einer solchen Gewalt ausgerüstet angesehen wird. Für Beschränkungen Dritten gegenüber gilt das oben Gesagte. (Art. 158).

Dem umfassenden Rechte des Vorstandes zur Vertretung der Gesellschaftsinteressen entsprechen nun auch die Pflichten desselben und die weitgehende Verantwortlichkeit für die Erfüllung dieser Pflichten. Der schweizerische Entwurf spricht davon in den Art. 160 bis 165.

Wir heben vor Allem heraus die Verpflichtungen des Vorstandes bezüglich der Rechnungslegung. Die Gesellschaftsrechnung muss in den ersten 6 Monaten nach Verfluss des Geschäftsjahres veröffentlicht, sodann durch die Rechnungsrevisoren geprüft und erst darauf der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden. In dieser Bestimmung erblicken wir eine Hauptstütze nicht nur für die Freiheit der Aktiengesellschaft, wie wir oben gezeigt, sondern auch für die Aktiengesellschaft überhaupt. Es liegt wohl die empfindlichste Schwäche dieser Assoziation darin, dass die Nothwendigkeit eines einheitlichen und starken Regiments durch wenige Vertreter die Interessen der Aktionäre, ohne dass diese mit Erfolg eine Ueberwachung ausüben können, leicht gefährdet. Die energische Verantwortlichkeitspflicht der Regimentsinhaber genügt praktisch nicht. In den

meisten Aktiengesellschaften spielen die Aktionäre eine traurige Rolle. In der Generalversammlung sind sie die stummen Jasager zu Allem, was ihnen von Seiten der Direktion vorgeschlagen wird. Es lassen sich zwar einzelne Laute der Unzufriedenheit vernehmen; allein sie werden durch die Mitglieder der Direktion, die allein im Stande sind, sich ein Urtheil zu bilden und ihr Raisonnement, von reichem Material unterstützt, zu belegen, leicht beruhigt oder auch zurechtgewiesen. Es fehlen den Aktionären die Mittel, das Detail des grossen Geschäfts kennen zu lernen und da, wo Alles nur auf dem Vertrauen zu einzelnen Menschen beruht, ist man schlecht bestellt. Darum die vom Gesetz obligatorisch erklärte Veröffentlichung der Rechnung vor ihrer Genehmigung.

Es fehlt aber auch in den meisten Aktiengesellschaften eine zwischen Vorstand und Aktionäre hineinzusetzende Aufsichtsbehörde zum Schutze der leztern und zur Ueberwachung des erstern, eine Behörde, die in den Stand gesetzt ist, den Geschäftsgang zu verfolgen und dazu selbst verpflichtet ist. Der Redaktor des Entwurfes hat einen eigentlichen Aufsichtsrath zur Ueberwachung der Geschäftsführung in allen Zweigen der Verwaltung vorgeschlagen und zwar nicht bloss als fakultativ, wie im deutschen Gesetz (Art. 225), sondern als obligatorisch. Dieselbe Idee hat auch in dem französischen Gesetz „sur les sociétés à responsabilité limitée“ Eingang gefunden, welches im Art. 16 sagt: „Les commissaires ont droit, toutes les fois qu'ils le jugent convenable, de prendre communication des livres, d'examiner les opérations de la société et de convoquer l'assemblée générale.“ Ferner erklärt der Art. 15 jede Verhandlung über Genehmigung von Rechnung und

Bilanz für nichtig, wenn ihr nicht ein Bericht der Kommissäre vorausgegangen ist. Die gleichen Bestimmungen enthalten auch die Art. 15 und 16 des Genfer-Entwurfes. Die Kommissionalberathung über den schweizerischen Entwurf hat vorgezogen, das bereits praktische Institut der Rechnungsrevisoren beizubehalten, dasselbe aber fortzubilden. Der Entwurf erklärt die Rechnungsrevisoren für ein nothwendiges Glied in der Organisation der Aktiengesellschaft. (Art. 149). Dieselben sollen auch nicht bloss die Rechnung und die Vorschläge zur Vertheilung von Zinsen und Dividenden, sondern auch die allgemeine Lage der Gesellschaft überhaupt ihrer Prüfung unterziehen und sind ausdrücklich dafür verantwortlich erklärt. Endlich geht aus Art. 161 hervor, dass die Gesellschaftsrechnung erst nach der Prüfung durch die Revisoren genehmigt werden darf und es ist dafür der Vorstand haftbar. (Art. 161, 165). Die weitere Ausbildung dieses Instituts ist den Statuten überlassen; es ist aber im Interesse der Aktionäre sehr zu wünschen, dass dies im Sinne einer starken, mit Befugnissen wohl ausgerüsteten Aufsichtsbehörde geschehe.

Eine der wichtigsten Pflichten des Vorstandes ist ferner die richtige Vertheilung von Zinsen und Dividenden. Wir haben auch in der Schweiz Aktiengesellschaften gesehen, die jährlich imaginäre Dividenden berechnet, ausbezahlt und in dieser Weise das Aktienkapital, dieses eigentliche Pfand der Gesellschaftsgläubiger, systematisch beraubt haben. Hier liegt eine empfindliche Stelle der Aktiengesellschaft. Die Gefahr ist um so grösser, als sie nicht leicht erkannt wird. Die Aktionäre selbst haben ein Interesse, die zu hohen Dividenden anzunehmen und damit einen Theil ihres Kapitals aus dem

schlechten Geschäft zurückzuziehen und zu retten. Es bedarf also, wie zur Sicherung der Einzahlung des Aktienkapitals durch Zeichner und Aktionäre, so auch hier zur Verhütung des Verlustes durch falsche Dividendenaustheilung, einer entschiedenen gesetzgeberischen Massregel.

Gleichwohl verpflichtet der schweizerische Entwurf (Art. 145), in Uebereinstimmung mit dem deutschen Gesetz (Art. 218), dem Zürcher Civilgesetz (§ 1352) und dem bernischen Gesetz über Aktiengesellschaften (Art. 16), die Aktionäre, die in gutem Glauben Zinsen oder Dividenden bezogen haben, nicht zur Rückerstattung. Damit stimmt auch die französische Rechtsanschauung und Jurisprudenz (siehe Renaud pag. 589). Namentlich Alauzet drückt sich sehr bestimmt dahin aus: „L'associé d'une société anonyme ne peut être obligé dans aucun cas de rapporter les bénéfices qu'il a touchés de bonne foi; cette règle ne soulève, en ce qui concerne les sociétés anonymes au moins, aucune difficulté." Es scheint aber auch der Rapport der Kommission des französischen Corps législatif über die „sociétés à responsabilité limitée" von 1863 (Du Miral) von dieser Voraussetzung auszugehen. Es heisst darin mit Rücksicht auf die Verantwortlichkeit der Administratoren für zu viel bezahlte Dividenden Folgendes: „Nous pensions que l'obligation de réintégration dans la caisse sociale des dividendes versés pourrait parfois constituer, sans intérêt aucun, un irréparable préjudice pour les administrateurs et créer un injuste avantage pour des actionnaires qui auraient souvent provoqué ou au moins approuvé la distribution et en auraient toujours profité."

Wir hätten mit Renaud (pag. 587) unsrerseits vorgezogen, den angeführten Gesetzen nicht zu folgen, sondern uns an den einfachen Satz zu halten, dass eine nicht geschuldete Zahlung ohne Rücksicht auf bona fides wieder zurückerstattet werden muss. Allein auf der einen Seite hat die Uebereinstimmung der neuen Gesetzgebungen Eindruck gemacht und auf der andern lässt sich die Entscheidung vom Standpunkt der Billigkeit und Zweckmässigkeit aus vertheidigen.

Die Aktionäre stehen der Administration der Gesellschaft fern. Die Zumuthung, dass sie Geschäfte und Rechnungen persönlich kontrolliren sollen, ist besonders für die entfernt Wohnenden ganz unzulässig und zwar trotz der Veröffentlichung von Bericht und Rechnung. Es liegt einmal im Geiste von Geldanlagen in Aktienunternehmungen, dass sich der Aktionär nicht persönlich um die Verwaltung bekümmern, sondern frei sein will, sich im Vertrauen auf die an die Spitze berufenen Direktoren zu beruhigen. Es kann sich daher hier nicht darum handeln, ob der Aktionär einen gewissen Grad von Sorgfalt angewendet habe, um ihn verneinendenfalls zur Rückerstattung anzuhalten, sondern es stehen sich hier nur zwei Möglichkeiten gegenüber: entweder ist der Aktionär ganz absolut, auch mit dem reinsten Gewissen, zur Rückerstattung verpflichtet, oder aber er ist es nur dann, wenn er mit Wissen, also in Verletzung von Treu und Glauben, übermässige Zinsen oder Dividenden in Empfang genommen hat. Bei dieser Alternative hat man zu Gunsten der Aktionäre entschieden und es ist in der That nicht unbillig, wenn der Aktionär, der von seinem Aktienkapital in bona fide Scheinfrüchte perzipirt, nicht schlechter gestellt wird, als der bonae fidei possessor, der die

Früchte eines fremden Grundstückes zu den seinigen machen kann.

Sodann ist auf der Konferenz in Nürnberg hervorgehoben worden, dass die Sicherheit des Verkehrs mit Aktien, der hinwieder auf die Blüthe des Aktienwesens überhaupt zurückwirkt, durch die Verpflichtung, die in bona fide bezogenen Dividenden wieder zurückzuerstatten, empfindlich verletzt würde. Ferner hat man auf die mannigfachen Verwicklungen aufmerksam gemacht, welche durch die Rückerstattung entstehen müssten. Die Dividenden würden häufig durch Kommissionäre u. s. w. bezogen; man könne doch denselben nicht zumuthen, das zuviel Empfangene aus eigenen Mitteln zu erstatten, um dasselbe in vielen Prozessen von den einzelnen Bezugsberechtigten wieder beizutreiben. (Protokoll von Nürnberg pag. 335 und 336).

Diese Erwägungen alle sollen aber zurücktreten, sobald es sich um eine Verletzung von Treu und Glauben handelt; denn darauf darf sich und besonders im Handelsverkehr niemals ein Recht gründen.

Ganz anders, als die Stellung der Aktionäre, ist gegenüber einer übermässigen Dividendenvertheilung diejenige der Gesellschaftsadministratoren. Der schweizerische Entwurf macht den Vorstand der Gesellschaft haftbar für den durch die Vertheilung entstandenen Schaden, also nicht unbedingt für Ersatz der zu viel bezahlten Dividenden an die Gesellschaftskasse. (Art. 162). Die Haftung des Vorstandes ist hier, wie in allen andern Fällen, so gemeint, dass jedes einzelne Mitglied desselben persönlich haftet, aber immerhin nur insofern, als dasselbe ein Verschulden trifft. Es muss hier dem Richter überlassen

sein, die Handlungsweise jedes Einzelnen nach der Stellung, die ihm angewiesen war, frei zu würdigen. Es versteht sich aber für unsere Auffassung von selbst, dass z. B. ein Autorisationsbeschluss der Generalversammlung nicht im Stande ist, die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder zu decken, da diese dem Gesetz mehr gehorchen sollen, als der Generalversammlung. Dagegen kann sich ein Direktoriumsmitglied seiner Verantwortlichkeit z. B. durch Protestation gegen den Beschluss über die Dividendenaustheilung oder ähnliche Schritte entschlagen. Sind es mehrere Direktoren, welche schuldig und also haftbar sind, so besteht unter ihnen sogar Solidarität. Der Entwurf wendet diese äusserste Schärfe der Verantwortlichkeit nur für drei ausgezeichnete, besonders gefährliche Fälle an, nämlich ausser dem vorliegenden noch bei theilweiser Rückzahlung von Aktienkapital ohne Beachtung der schützenden Bestimmungen des Gesetzes und endlich im gleichen Sinne bei der Vertheilung des Gesellschaftsvermögens in Liquidation.

Die englische Gesellschaftsakte vom 14. Juli 1856 erklärt die Gesellschaftsdirektoren, welche Dividenden ausbezahlen, trotzdem sie wissen, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist oder dadurch wird, für solidarisch verantwortlich für die Schulden der Gesellschaft und zwar bis auf den Betrag der ausbezahlten Dividende. Befreit von dieser Haftung sind nur die abwesenden Direktoren und die opponirt haben (Art. 14).

Auf die Verantwortlichkeit der Administratoren ist auch bei Ausarbeitung des französischen Gesetzes „sur les sociétés à responsabilité limitée“ (1863) ein Hauptgewicht gelegt worden, wovon, abgesehen vom Gesetze

selbst, l'exposé des motifs von Duvergier und der oben erwähnte Rapport von Du Miral Zeugniss geben.

In Art. 27 des Gesetzes ist in alinea 2 gesagt: „Ils (les administrateurs) sont tenus solidairement du préjudice qu'ils peuvent avoir causé, soit aux tiers, soit aux associés en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes qui, d'après l'état de la société constaté par les inventaires, n'étaient pas réellement acquis.

Ueber die Frage der Schuld äussert sich Duvergier folgendermassen: „Si l'un des administrateurs pense que ses collègues se trompent sur le caractère des sommes dont ils se proposent de faire la distribution, il doit s'y opposer. Ce ne serait pas assez de se tenir à l'écart, de fermer les yeux, de s'abstenir. Un acte formel d'opposition est nécessaire pour repousser la responsabilité."

Endlich wird in dem erwähnten Rapport an das Corps législatif gefragt, wann eine Vertheilung von Dividenden, „qui n'étaient pas réellement acquis" vorhanden sei und dahin geantwortet: „On a voulu exprimer ainsi les bénéfices qui ne peuvent plus échapper à la société, qui ne sont plus à l'état de simple éventualité, quelle qu'en soit la vraisemblance; dont aucun coup du sort, excepté une insolvabilité imprévue, ou une destruction fortuite ne peut plus priver la société. Sans doute il ne sera pas toujours nécessaire, que le bénéfice ait été encaissé; il pourra résulter d'une valeur, d'une traite, même d'une simple créance, pourvu qu'elle soit réputée bonne, non susceptible de discussion et de nature, suivant les usages du commerce, à figurer à l'actif. Le bon sens et la pratique commerciale seront sur ce point, le meilleur commentaire de la loi."

Auch der schweizerische Entwurf lässt solchen Erwägungen freien Raum; die hierauf bezügliche Bestimmung in Art. 114 lautet ganz allgemein. Nur ist darin noch ausdrücklich des Abzuges einer Summe zur Aeuffnung des allfälligen Reservefonds erwähnt, während das französische Gesetz von 1863 (Art. 19) und der Genfer Entwurf von 1864 (Art. 19) den Reservefond sogar obligatorisch erklären. Sie schreiben vor, dass jährlich vom Nettogewinn wenigstens ein Zwanzigstel zur Bildung eines Reservefonds erhoben werden soll und dies soll erst dann nicht mehr obligatorisch sein, wenn der Reservefond den Zehntel des Aktienkapitals beträgt. Wir halten aber diese Bestimmung für viel zu speziell und zu schutzwächterisch. Nicht jede Gesellschaft hat einen so hohen oder überhaupt einen Reservefond nöthig. Der Gesetzgeber kann diese Sorge ruhig der Autonomie der einzelnen Gesellschaften überlassen.

Ganz übereinstimmend mit dem Verbot der zu hohen Dividenden ist endlich auch das Verbot von Zinsen von bestimmter Höhe. Dieses Verbot, wie es im Art. 144 des schweizerischen Entwurfes und im Art. 217 des deutschen Gesetzes ausgesprochen ist, hindert aber gleichwohl durchaus nicht, dass den Aktien einer bestimmten Serie bestimmte Prozente zugesichert werden, bevor weitere Dividenden vertheilt werden; denn die Prozente sind hier nichts anderes als Vorgangsdividenden, die nicht an und für sich, sondern nur den nachgehenden Aktionären gegenüber zugesichert sind.

Erwähnung jenes Verbots geschieht hier vornehmlich noch um einer Ausnahme willen: es können nämlich für die Zeit der Vorbereitung des Unternehmens den Aktionären Zinsen von höchstens 5 % bedungen werden.

Es entsteht nun die Frage, was man unter der Zeit der Vorbereitung zu verstehen hat. Das deutsche Gesetz spricht von dem Zeitraum, den die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfang des vollen Betriebs erfordert, während der schweizerische Entwurf mit Absicht nur sagt: „bis zum Anfange des Betriebs“. Es liegt nämlich gewiss nicht im Geiste der Bestimmung, dass z. B. eine Eisenbahngesellschaft, welche sich für ein grösseres Netz gebildet hat, feste Zinsen versprechen dürfe bis zum Ausbau und Betrieb sämmtlicher Linien, also bis zum vollen Betrieb“, sondern es wird gegentheils schon nach Eröffnung der ersten Linie die feste Verzinsung der Aktien, wenigstens verhältnissmässig, aufhören müssen.

Die bisher hervorgehobenen Sätze sind vornehmlich zum Schutze der Gläubigerrechte bestimmt. Das Aktienkapital soll ihnen als untrügerisches Pfand gesichert bleiben und um dies zur Wahrheit zu machen, werden in verschiedenen Graden der Haftbarkeit die Aktienzeichner, die wirklichen Aktionäre, die bösgläubigen Dividendenbezüger und endlich in persönlicher und solidarischer Weise die Administratoren herangezogen. In dieser Weise und unter dem wohlthätigen Einflusse des Lichtes der Oeffentlichkeit gelingt es, den schwachen Punkt der Aktiengesellschaft, der in dem Mangel der persönlichen Haftbarkeit der Gesellschafter und ferner darin besteht, dass das haftbare Aktienkapital schwer fassbar ist, zu decken.

Eine andere offenbare Schwäche der Actiengesellschaft ist aber die fast schutzlos preisgegebene Stellung der passiven, wenig eingeweihten, auf blindes Vertrauen angewiesenen Aktionäre

gegenüber den aktiven, mit dem Stande der Angelegenheiten vertrauten, den eigentlich agirenden Gründern und Leitern der Gesellschaft. Ein Gegengewicht ist auch hier die Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung. Allein der Gang des wirklichen Lebens, mit vieler Gutmüthigkeit und Lässigkeit auf der Seite der grossen Masse und viel Aktion nnd Schlauheit auf der Seite der Verantwortlichen, ist zu bekannt, als dass man sich von der gesetzlichen Verantwortlichkeit allzuviel versprechen sollte. Wir haben daher schon oben das Institut einer persönlich haftbaren Aufsichtsbehörde betont, um der Masse der Aktionäre auch Kopf und Glieder zu geben.

Einzelne Gesetze schreiben auch vor, dass die Administratoren der Gesellschaft mit einer bestimmten Zahl von unübertragbaren Aktien betheiligt sein müssen, um sie in dieser direkten Weise an das Interesse der Gesellschaft zu fesseln. Offenbar geht nun aber das f r a n z ö s i s c h e G e s e t z von 1863, welches im Art. 7 vorschreibt, dass die Administratoren Eigenthümer eines Zwanzigstels des Aktienkapitals sein müssen, und im Art. 24 bei Nichtbeobachtung dieser Bestimmung die Gesellschaft gegenüber Dritten für n i c h t i g erklärt, viel zu weit und dasselbe gilt von dem analogen Art. 6 des G e n f e r E n t w u r f s. Es kann bei der vertrauenswürdigsten Gesellschaft vorkommen, dass sich keine Administratoren finden, welche diese Zahl von Aktien übernehmen wollen, oder es kann jene Bestimmung ein Grund sein, schlechte statt gute Administratoren wählen zu müssen. Es ist aber ebenso klar, dass eine gesetzliche Bestimmung, die viel weniger Aktienbetheiligung der Administratoren verlangt, keine praktische Wirkung mehr ausübt und es hat darum der schweizerische Entwurf vorgezogen, solche

Vorschriften den Statuten zu überlassen, die das Bedürfniss des einzelnen Falles in's Auge fassen können.

Von um so grösserer Wichtigkeit dagegen für den Schutz gegen Administratoren und Gründer sind die Bestimmungen der Art. 151 und 152 des schweizerischen Entwurfes, welche gegen die direkten oder indirekten Vortheile gerichtet sind, welche einzelne Aktionäre sich gleich von vorneherein zu sichern suchen. Es kömmt bekanntlich sehr häufig vor, dass die Gründer der Gesellschaft darin ihren Vortheil suchen, der Gesellschaft die zum betreffenden Gewerbsbetrieb nöthigen Immobilien oder Mobilien, Fabrikgebäude, Maschinen etc. zu liefern und zwar in der Weise, dass ihnen an Zahlungsstatt Gesellschaftsaktien zugeschrieben werden, die sie dann leicht wieder veräussern können. Es ist nun natürlich für die ganze Zukunft der Gesellschaft entscheidend, dass jene Aktieneinlagen, die nicht in Geld bestehen, nicht unverhältnissmässig über ihren Werth angeschlagen werden und so die finanzielle Grundlage des Geschäfts von vorneherein fälschen. Es ist darum gerechtfertigt, wenn die Entscheidung über jene Einlagen nicht gerade denen, welche die Vortheile erhaschen wollen, sondern der Generalversammlung anheimgegeben wird. Unbegreiflich ist das deutsche Gesetz, das solche gesunde Massregeln nur für sein Stiefkind, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, gut findet, nicht aber auch für die Aktiengesellschaft, die sie jedenfalls nicht minder nöthig hat.

Das französische Gesetz von 1863 enthält dieselbe Bestimmung für die société à responsabilité limitée, indem es im Art. 5 sagt: „Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire . . . , la première assemblée générale fait apprécier la valeur

de l'apport." Das Gesetz scheint mir aber über das Bedürfniss hinauszugehen, wenn es ferner vorschreibt: „La société n'est définitivement constituée, qu'après l'approbation, dans une autre assemblée, après une nouvelle convocation." Es muss genügen, wenn die betreffenden Einlagen ohne erfolgende Genehmigung der Versammlung nicht anerkannt werden.

Ueberhaupt scheint uns die société à responsabilité limitée allzu formalistisch behandelt zu sein. Wir brauchen nur daran zu erinnern, dass bei Verletzung irgend einer der vielen Förmlichkeiten, z. B. bei Auslassung des Vornamens eines administrateur bei der Publikation die Gesellschaft gegenüber von jedem Interessirten als nichtig angesehen wird. (Art. 24).

Eine besondere Bewandtniss hat es nach unserm Urtheil mit der Bestimmung des schweizerischen Entwurfes im Art. 152, betreffend die in den Statuten enthaltenen besondern Vortheile von einzelnen Aktionären, namentlich von Gründern oder Verwaltern. Während bei Einlagen, die in natura gemacht werden, durch die zu hohe Schätzung derselben ein verdeckter Vortheil gesucht wird und also eine Täuschung abzuwenden ist, handelt es sich dagegen im Art. 152 um unverdeckte, offene Vortheile, die als solche dargestellt und als solche in Programm oder Statuten aufgenommen worden sind. Solche Vortheile und zwar meistens bezüglich der Dividendenvertheilung finden wir in sehr vielen Statuten und besonders von Bankgesellschaften. So z. B. bestimmen die Statuten des Crédit Genevois (1863) im Art. 38: „Sur les bénéfices, il est prélevé annuellement cinq pour cent pour constituer un fonds de réserve. Le surplus est réparti, savoir: sept et

demi pour cent aux fondateurs comparants, sept et demi pour cent aux administrateurs, et quatre-vingt-cinq pour cent aux actionnaires à titre de dividende.“

Die Statuten der société foncière genevoise (1857) vertheilen sogar den sämmtlichen Gewinn in folgender Weise: „soixante-dix pour cent aux actionnaires; vingt-cinq pour cent aux fondateurs comparants; cinq pour cent à la réserve.“ Dabei ist zu bemerken, dass die Gründer auch in ihrer Eigenschaft als Aktionäre partizipiren. In der Rückversicherungsgesellschaft in Zürich beziehen erst die Aktionäre Zinsen zu 4 % für den einbezahlten Aktienbetrag. Von dem Ueberschuss wird $^1/_4$ dem Reservefond zugeschrieben, und von den übrigen $^3/_4$ werden 80 % den Aktionären und 20 % den Gesellschaftsbehörden zugetheilt.

Alle diese Vortheile sind, wenn mässig, nicht bloss für die Administratoren, sondern auch für die Gründer gerechtfertigt. Denn es liegt in der Natur der Sache, dass nicht bloss die reelle Arbeit der Administratoren, sondern auch der blosse schöpferische Gedanke, die Idee der Gründung mit der dafür entwickelten Energie ihres Lohnes werth sind. Damit allerdings soll nicht das Raubsystem von Gesellschaftsfundatoren vertheidigt werden, die mit ausgehängtem trügerischem Schild die Kapitalien anlocken, um dann nach eingesteckten übermässigen Gründungskosten und Prämien die Gesellschaft ihrem Schicksal zu überlassen. Gegen solche Missbräuche wird es gut sein, wenn nach Art. 152 die Generalversammlung der Aktionäre dazu berufen wird, die ausbedungenen Vortheile erst zu genehmigen. Regel aber ist auch hier nicht der Missbrauch. Es sind aber auch die Aktionäre nicht in einer interesselosen

Stellung, um unparteiisch die Verdienste der Gründer anzuerkennen. Sie sind vielmehr selbst Partei. Und wird es endlich dem Kombinationstalent und der spekulativen Energie künftighin noch ein Sporn sein, sich zu entfalten, wenn es nach vollbrachtem Werk in die Hände der Aktionäre gelegt wird, die Vortheile, die sich die Gründer in Programm und Statuten ausdrücklich vorbehalten haben, wieder wegzudekretiren?! Liegt nicht auch hierin eine Verletzung von Treu und Glauben? Haben nicht die Aktionäre durch Zeichnung der Aktien stillschweigend jene Vortheile anerkannt?

Wir gehören somit nicht zu den Freunden jener Bestimmung und am wenigsten so, wie sie in dem französischen Gesetz von 1863 und dem Genfer Entwurf enthalten ist. Nach denselben ist die Generalversammlung unbeschränkt befugt, die Vortheile herabzusetzen. Wir dagegen haben gesucht, denen, welchen besondere Vortheile zugeschieden worden sind, wenigstens eine Gegenwaffe in die Hand zu geben. Die Generalversammlung kann zwar frei beschliessen; bestätigt sie aber jene Vortheile nicht, so soll nun auch den dadurch Benachtheiligten das Recht zustehen, da die statutarische Grundlage verletzt worden ist, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Nun ist wieder Jeder frei und damit ist das Recht formell wieder hergestellt. Aber auch praktisch wird dies zu einer billigen Ausgleichung der verschiedenen Interessen hinführen.

Die Anwendung des neuen Gesetzes auf die schon bestehenden Aktiengesellschaften.

Auf diese Frage beziehen sich die Art. 121 und 132 des schweizerischen Entwurfs und die Beantwortung derselben ist einfach.

Was die neuen gesetzlichen Vorschriften über die rechtliche Konstituirung der Gesellschaft betrifft, so sollen dieselben auf schon konstituirte Gesellschaften keine Anwendung finden. Die Konstituirung ist ein Faktum und dieses ist vorbei; würde dasselbe in Frage gestellt, so würde das Prinzip der Nichtrückwirkung der Gesetze verletzt. Schreibt also unser Entwurf die Eintragung in das Handelsregister zur Konstituirung vor, so gilt das nicht auch für die ältern Gesellschaften. Eine andere Frage aber ist die, ob nicht, abgesehen von der Frage der rechtlichen Existenz, auch die bestehenden Gesellschaften zur Eintragung verpflichtet seien und wir müssen dies allerdings mit Rücksicht auf die Art. 2 und 3 des Entwurfes bejahen; denn auch der Art. 2 bezieht sich offenbar nicht etwa bloss auf Kaufleute, die mit einem Gewerbebetriebe erst beginnen. Die Pflicht der Eintragung hat ihre rechtliche Bedeutung hauptsächlich dadurch, dass alle spätern Vorgänge in der Gesellschaft, wie namentlich die Wahl von Mitgliedern des Vorstandes, die Auflösung der Gesellschaft, die theilweise Rückzahlung von Kapital u. s. w. jedenfalls eingetragen werden müssen.

Was nun aber die übrigen Verhältnisse, die in dem neuen Gesetz anders geordnet sind, anbetrifft, so hat der Entwurf den einfachen Satz ausgesprochen, dass die Sta-

tuten der bestehenden Gesellschaften dem neuen Gesetze so gut unterworfen sind, als die der neu entstehenden. Jene Statuten sind unter der Herrschaft des alten Gesetzes entstanden und waren gültig, sofern sie mit diesem harmonirten. Darin liegt aber kein Grund, dass sie nun auch in alle Zukunft dem alten Gesetze unterworfen sein sollen. Die Statuten sind eben kein abgeschlossenes Faktum. Sie bedeuten nicht ein wohlerworbenes Recht, sondern einen Zustand, dessen einzelne Momente die Anwendung der einzelnen Statutenbestimmungen sind. Diese Momente aber sind von einander getrennt und es sind daher, sofern es sich um die Anwendung der Statuten auf ein Rechtsverhältniss in der Herrschaftszeit des neuen Gesetzes handelt, die Statuten nur dann gültig, wenn sie dem neuen Gesetze entsprechen.

Wenn daher der Art. 132 bestimmt, dass die widersprechenden Statuten ausser Wirksamkeit treten, so ist damit durchaus keine Rückwirkung ausgesprochen, sondern es handelt sich nur um die zukünftige Wirksamkeit. Freilich wird es oft nicht leicht sein, das Vor und Nach richtig zu trennen. Wir halten z. B. dafür, dass ein Aktienzeichner, der unter der Herrschaft des alten Gesetzes gezeichnet und seine Aktie veräussert hat, trotz des neuen Gesetzes für die 40 % des Nominalbetrages nicht haftbar sein soll. Er hat unter dem alten Gesetz veräussert und ist durch dieses Faktum jeder Haftung frei und ledig geworden. Veräussert er aber erst in der Zeit des neuen Gesetzes, so soll er für die 40 % haftbar bleiben. Besonders deutlich zeigt sich das Prinzip bei der Frage der Vertretungsbefugniss des Vorstandes. Soll das neue Prinzip der Unbeschränktheit derselben

auch auf alte Gesellschaften Anwendung finden? Allerdings; denn es handelt sich nicht um alte und neue Gesellschaften, sondern um alte und neue Vertretungshandlungen. Jede einzelne derselben wird von dem Gesetz beherrscht, das eben regiert. (Vergl. Renaud, Aktiengesellschaften, pag. 610 u. f.)

Wollte man diesen Prinzipien zuwider die Statuten der bereits bestehenden Gesellschaften in ihrer Herrschaft fortbestehen lassen, wenn sie auch dem neuen Gesetz widersprechen, so wäre auch das praktische Resultat ein höchst ungünstiges. Es würden zwei Gesetzgebungen noch während einem Menschenalter und selbst noch länger neben einander regieren und die neue Gesetzgebung würde statt Kredit und Sicherheit Unsicherheit und Verwirrung erzeugen.

Die Aktiengesellschaft des Art. 113.

Wir haben schon oben in der Einleitung auseinandergesetzt, dass und warum unser Entwurf nicht bloss die handelsmännischen, sondern auch die civilen Aktiengesellschaften umfasst. Dagegen hat der Art. 113 für nöthig erachtet, für Aktiengesellschaften, welche nicht ein kaufmännisches Gewerbe betreiben und ebenso für solche, die einem vorübergehenden Zwecke dienen, wie z. B. eine Gesellschaft für Abhaltung eines Festes, und endlich für solche, die einen landwirthschaftlichen Karakter haben, die Zulassung von Ausnahmen von dem Gesetze auszusprechen. Es soll in die Kompetenz einer kantonalen

Staatsbehörde gelegt werden, z. B. eine Aktiengesellschaft, die einen rein gemeinnützig-wohlthätigen Zweck hat und mit demselben nicht in die Oeffentlichkeit treten will, von der Eintragung in's Handelsregister und Publikation oder auch von der jährlichen Generalversammlung, der Veröffentlichung der Rechnung u. s. w. zu dispensiren.

Das Basler Gesetz über Kommanditen und anonyme Gesellschaften vom 6. Dez. 1847 geht noch weiter, da nach dessen § 17 die Gesellschaften, welche für wohlthätige und ähnliche Zwecke gegründet sind und keinerlei Erwerb für die Einzelnen zulassen, nicht als anonyme Gesellschaften im Sinne des Gesetzes angesehen werden sollen.

Besondere Erwähnung verdienen endlich, wie im Entwurf, so auch hier die Aktiengesellschaften, die einen landwirthschaftlichen Karakter haben. Für die einen derselben ist Form und Geist der Aktiengesellschaft ganz zutreffend. Wir nennen hier beispielsweise die oberaargauische Gesellschaft für Viehzucht, die als ihren Zweck ausspricht, durch Ankauf einer oder mehrerer Alpen die Landwirthe der besagten Gegend in die Möglichkeit zu versetzen, Jungvieh heranzuziehen und auf sichere Weise zu sömmern, und ferner durch Anschaffung der erforderlichen Wucherstiere die Veredlung der bernerischen Fleckvieh-Racen zu befördern. Der Zweck ist ein gemeinnütziger und dies tritt auch darin hervor, dass nach den Statuten der Aktienerwerber Mitglied des oberaargauischen ökonomisch-gemeinnützigen Vereins sein muss. Im Uebrigen aber unterscheidet sich die Anlage dieser Gesellschaft in Nichts von derjenigen der gewöhnlichen Spekulations-Aktiengesellschaft.

Anders verhält es sich dagegen mit den sogenannten Aktienkäsereien, wo die Nothwendigkeit, Ausnahmen von dem Gesetze zuzulassen, so offenbar ist, dass billig Zweifel bestehen kann, ob eine Aktienkäserei als eine Aktiengesellschaft aufzufassen sei. Von den uns vorliegenden Käsereireglementen aus den Kantonen Bern und Solothurn tragen die meisten auch nicht von ferne den Karakter von Aktiengesellschaften. Im Gegentheil erklären sich die Mitglieder des Vereines bald ausdrücklich, bald stillschweigend persönlich haftbar für die Vereinsverbindlichkeiten. In den Statuten von Schnottwyl erlangt der Neueintretende „gleich den Uebrigen Antheil an dem Gebäude und den Geräthschaften; dagegen ist er auch Schuldner an der Kapitalschuld.“ Das Verhältniss der Theilhaber erscheint sogar als ein nahe persönliches, erklärt doch das Reglement von Subigen, der Zweck des Vereines für Käsefabrikation bestehe vor Allem in der Beförderung der Freundschaft der Mitglieder unter sich, und das Reglement von Nennigkofen, es dürfe nur ein „Ehrenmann“ in die Käsereigesellschaft aufgenommen werden.

Auch da, wo von Aktien die Rede ist, wie in dem Reglemente von Zollikofen, ist oft von der Natur einer Aktiengesellschaft Nichts vorhanden. Jeder Theilnehmer zeichnet eine Anzahl von Aktien oder Kuhrechten. Nach diesen werden die Kosten der Anschaffung und die Verbindlichkeiten vertheilt; die Haftung ist also, wenn auch eine verhältnissmässige, doch unbeschränkte. Auf die Grösse der Lieferung von Milch und die damit korrespondirende Vertheilung des Ertrages hat jene Eintheilung in Kuhrechte nur insofern Einfluss, als von jedem Kuhrecht 1000 Maass Milch ohne besondere Abgabe geliefert werden können, während Nichtaktionäre nur gegen besondere

Abgabe zur Milchlieferung zugelassen werden. Der Ausdruck „Aktien" hat also hier einen ganz andern, als den gewöhnlichen Sinn; es ist weder von bestimmten Einzahlungen, noch von der Haftung bis zu einem bestimmten Betrage die Rede.

In einzelnen Käsereigesellschaften bestimmen sich die Theilhaberrechte der Genossen nach der Quantität von Milch, welche sie zur Käserei abliefern, so dass davon selbst das Stimmrecht abhängig gemacht wird. Es hat z. B. Derjenige, der im Durchschnitt täglich 10 Maass Milch abliefert, eine Stimme; der von 10 bis 20 Maass abliefert, zwei Stimmen u. s. f.

Mit der bedeutenden Zunahme der Käsereigesellschaften (man hat im Kanton Bern allein über 400 gerechnet) stieg natürlich auch die Mannigfaltigkeit und Karakterlosigkeit der Rechtsbildungen, wobei im Allgemeinen nur so viel gesagt werden kann, dass die Aktienform mehr und mehr hervorgetreten ist. Es war daher sehr angemessen, dass die ökonomische Gesellschaft des Kantons Bern im letzten Jahr Normalreglemente für Statuten solcher Gesellschaften ausarbeiten liess. Das eine Reglement ist auf Grundlage des gemeinen Gesellschaftsvertrages abgefasst, mit solidarischer Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschaftsmitglieder für Gesellschaftssachen.

Ein zweites Musterreglement dagegen ist nach Mitgabe des bernischen Aktiengesetzes, wenn auch mit bedeutenden Ausnahmen von demselben, abgefasst. Es wird ein Aktienkapital gebildet zum Ankauf von Gebäulichkeiten und von Geräthschaften. Die Aktien sind Namenaktien. Jeder Theilnehmer ist verpflichtet, so viele Aktien zu nehmen, als er Kühe hat. Schon dies weist

deutlich darauf hin, dass der Schwerpunkt der Gesellschaftstheilnahme nicht in der Aktie und der Haftung mit derselben liegt, sondern in der Milchlieferung. Dies zeigt sich aber noch mehr bei der Vertheilung der Dividenden, welche durchaus nicht nach der Anzahl von Aktien stattfindet, sondern nach der Höhe der Milchlieferung. Die Aktien erhalten bloss einen festen Zins von 4 % aus dem Nettoertrag der Käserei; es wird also die Aktie nicht auf Gewinn und Verlust in die Gesellschaft eingeworfen. — Die Organisation der Gesellschaft ist eine durchaus korporative mit Majoritätsbeschlüssen der Aktionärversammlung. An der Spitze der Geschäftsführung steht die Verwaltungskommission mit einem Hüttenmeister als Präsident, einem Kassier und einem Schreiber. Eine Art von Aufsichtsbehörde bilden die Milchfecker, welche sich in die Käserei zu begeben und darauf zu achten haben, dass in derselben und in den Milchgeschirren die grösste Reinlichkeit herrsche. Sie sollen auch die Milch untersuchen und ihr Zeugniss ist für sämmtliche Milchlieferanten unbedingt verbindlich. Es folgen in dem Reglement die Pflichten des Senns zur exakten Buchhaltung; der Senn hat die gelieferte Milch auf die Milchtafel aufzuschreiben und alle Tage die Tageslieferung in den Milchrodel einzutragen. Der Schreiber verfasst die Rechnung; sie wird jeweilen auf den Tag geschlossen, an welchem im Frühjahr mit den fetten Käsen der Anfang gemacht wird. Endlich werden in den Reglementen die nöthigen Garantien für die Lieferung reiner, gesunder und ungefälschter Milch ausgesprochen. Die Versammlung der Aktionäre erhält eine Art polizeilicher Strafbefugniss, sei es, um dem Aktionär eine Busse aufzuerlegen und ihn aus der Gesellschaft auszustossen (in welchem Falle

seine Aktien einzulösen sind), oder den vollen Nutzantheil des Fehlbaren einzubehalten und ihn auszustossen, oder ihm, wenn er Aktieninhaber bleibt, die Milchlieferung zu untersagen. Der Gestrafte hat aber das Recht, gegen den Beschluss der Gesellschaft das Urtheil eines Schiedsgerichts zu verlangen, das dann zu todter Hand entscheidet.

Diese kurze Analise hat bereits deutlich gezeigt, dass wir es hier mit einem ungewöhnlichen Aktienverein zu thun haben. Wir finden zwar in der Fassung des erwähnten Normalreglementes die äussere Form der Aktiengesellschaft: das Geschäftskapital ist in Aktien eingetheilt; der Aktionär ist nicht persönlich, sondern nur mit dem Betrage seiner Aktien für die Geschäftsverbindlichkeiten haftbar; die Organisation ist eine der Aktiengesellschaft konforme. Allein es wäre falsch, wenn man glaubte, damit das g a n z e Wesen einer solchen Aktienkäserei aufgefasst zu haben. Vielmehr scheint uns n e b e n d e m A k t i e n v e r e i n, der zur Aufbringung des Betriebsmaterials da ist, n o c h e i n z w e i t e r V e r e i n zu bestehen, der oft nur Aktionäre, oft aber auch selbst Nichtaktionäre in sich schliesst. Der Inhalt dieses letztern Vereins ist die Milchlieferung zur gemeinsamen Käseproduktion, die Aufsicht über jene und die Vertheilung des erzielten Ertrages, welche, wie wir gesehen, mit den Aktien nichts zu thun hat. Die Grösse der Milchlieferung kann nun mit der Zahl der Aktienrechte in einem bestimmten Verhältnisse stehen; umgekehrt kann aber ein solcher Zusammenhang auch gar nicht bestehen. Das Resultat ist, dass hier die Aktionäre nur die P f l i c h t e n von solchen haben, indem sie gleichsam durch Bildung des Aktienfonds dem Vereine der Milchlieferanten zur Bestreitung der Betriebskosten ein Darlehen zu einem

bestimmten Zinsfusse gewähren, während das **Recht auf die Dividende** nicht dem Aktionär als solchem zusteht, sondern dem Milchlieferanten nach Verhältniss seiner Lieferungen.

Aus Allem geht hervor, dass einerseits unser Titel von der Aktiengesellschaft auch auf Aktienkäsereien Anwendung haben kann, dass aber anderseits die Staatsbehörde allerdings die Befugniss haben muss, von einzelnen Bestimmungen des Gesetzes zu dispensiren und damit auch eine Variation der eigentlichen Aktiengesellschaft zuzulassen.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist bei den Berathungen über das deutsche Handelsgesetz in Nürnberg auf grossen Widerstand gestossen. Das Resultat war, dass zur Entstehung dieser Gesellschaft eine Staatsgenehmigung verlangt wurde. Wir können dies nur billigen: wenn die Staatsgenehmigung für die Aktiengesellschaft erfordert wird, so ist sie durchaus gerechtfertigt auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Wenn so viel Schlimmes von dieser Gesellschaftsform gesagt worden und besonders in Frankreich auch wirklich zu Tage getreten ist, so liegt dies einerseits darin, dass, wenigstens bis zum Gesetz vom 17. Juli 1856 „sur les sociétés en commandite par actions", eine wirksame gesetzliche Regulirung dieser Gesellschaften nicht vorhanden war, anderseits aber darin, dass überall da, wo man Gründe hatte, die Staatsgenehmigung auszuweichen, statt der Aktiengesellschaft die Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien gewählt wurde, also besonders etwa bei schwindelhaften Unternehmungen; denn dass es immer nicht an Solchen fehlt, welche sich als persönlich haftbare Geranten hergeben, das hat die Erfahrung genugsam gezeigt. Dafür spricht

sehr deutlich die Thatsache, dass bei dem Handelsgericht der Seine vom 1. Juli 1855 bis 1. Juli 1856 neben 842 Kollektivgesellschaften nur 13 Aktiengesellschaften, 551 Kommanditgesellschaften mit einem Kapital von fast 2 Milliarden Franken, darunter Kommanditgesellschaften auf Aktien allein mit einem Kapital von mehr als 1929 Millionen angemeldet worden sind; darunter eine Gesellschaft „pour marier l'Afrique avec l'Amérique et pour fondre les races", mit einem Christoph Columbus an der Spitze.

Es ist also ganz richtig, dass die Kommanditgesellschaft auf Aktien als Mittel missbraucht worden ist, um die staatliche Genehmigung bei der Aktiengesellschaft zu umgehen. Da hat dann das Gesetz die fatale Folge, dass statt der Aktiengesellschaft eine Form gewählt wird, welche der Natur der Verhältnisse nicht entspricht und zu Täuschungen Veranlassung gibt. Moriz Mohl*) hat sehr treffend auf diese Frage den Volkswitz angewendet: „Haben Sie einen Pass? — Nein. — Nun so passiren Sie; wenn Sie einen gehabt hätten, so hätten Sie ihn müssen visiren lassen." Das deutsche Gesetz hat also Recht daran gethan, auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien die staatliche Genehmigung vorzuschreiben. Umgekehrt liegt für den schweizerischen Entwurf, der dieselbe für die Aktiengesellschaft verworfen hat, kein Grund vor, sie für die Kommanditgesellschaft auf Aktien vorzuschreiben.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist auch grundsätzlich angefochten worden. Aber selbst die

*) Ein Beitrag zur Erörterung des deutschen Handelsgesetzbuches. Stuttgart 1857.

Philippika Mohl's hat ihr Ziel verfehlt; denn sie geht weit darüber hinaus. Die heftigen Anklagen gegen jene Gesellschaft treffen nämlich auch die Aktiengesellschaft, ja sie treffen das ganze moderne Gesellschaftssystem. Der Pariser Crédit mobilier, der Aktien im Betrage von 60 Millionen, ja sogar Obligationen „in dem monströsen Umfang" von 600 Millionen ausgeben darf, ist keine Kommanditgesellschaft auf Aktien, sondern eine vom Staate autorisirte und selbst favorisirte Aktiengesellschaft. Mohl will die bürgerliche Gesellschaft „gegen die Attilazüge des neuen Hunnenthums schützen, welches in der Form kolossaler Aktiengeldmächte Razzia's über ganze Länder ausführt, Gold in Kameelslasten heimschleppt, ganze Züge von Lehensleuten, Dienstmannen und Börsensklaven an seinen Triumphwagen fesselt."

Die Absicht des Nationalökonomen ist vortrefflich. Allein er würde sich bekreuzen vor dem Zwangssystem, das ein Gesetzgeber aufrichten müsste, stark genug, um jenen Hunnenzug mit Erfolg zurückzuschlagen. Das hiesse den Teufel mit dem Belzebub austreiben. Keine Staatsgenehmigung, keine gesetzlichen Schranken des Aktienbetrags, des Grundkapitals, keine Ausdehnung persönlicher Haftbarkeit, nicht einmal die „illimited liability" des englischen Aktiengesellschaftsrechtes und am wenigsten das Verbot der Kommanditgesellschaften auf Aktien wären im Stande, die mächtige Fluth der modernen Aktie wirksam einzudämmen. In allen Jahrhunderten, bei allen reichen und lebenskräftigen Völkern und unter allen, selbst den strengsten Gesetzgebungen sind Perioden des unaufhaltsamsten Schwindels eingetreten und wie naturgemäss ist auf die Fluth immer wieder die Ebbe gefolgt.

Mohl selbst citirt die Klage des englischen Economist über die Verwaltung der Eisenbahnen: dass es zu keiner Zeit und in keinem Lande solche Beispiele von Schwäche und Unfähigkeit in der Ausführung, von gewissenloser Raubsucht gegeben habe, wie sie seit 15 Jahren im englischen Eisenbahnwesen sich dargestellt haben. Eine der grössten englischen Eisenbahnen zahlte unter dem Deckmantel ihrer Bauten an Seitenbahnen seit Jahren aus einem erlogenen Reinertrage falsche Dividenden mittelst der aufgenommenen Anlehen und es gilt auch jetzt noch ihre auf 1 % heruntergesetzte Auszahlung von Zins und Dividende für eine Lüge. Und doch beruhen die englischen Eisenbahnen auf besondern Parlamentsakten und diesen geht eine kostspielige Untersuchung durch ein Parlamentskomite vorher. Noch mehr! Die Eisenbahngesellschaften können nur in Folge von spezieller Autorisation der sie gründenden Akte mit beschränkter Haftbarkeit der Aktionäre errichtet werden; in der Regel sind sie also „Compagnies without limited liability."

Solche allgemeine Anklagen treffen also keineswegs die Kommanditgesellschaften auf Aktien allein, sondern ebenso gut die eigentlichen Aktiengesellschaften. Dies gilt besonders auch von dem Einwand, dass der Mechanismus jener Gesellschaft unerlaubte Vortheile für die Gründer derselben ermögliche. Allerdings können die Gründer für den sogenannten Apport, der vielleicht von einem frühern unrentablen Unternehmen herrührt, grosse Summen in Geld oder in leicht verwerthbaren Aktien beziehen, um sich dann mit einem Agio auf diesen rasch zurückzuziehen. Allein dasselbe ist in der gleichen Weise den Gründern einer Aktiengesellschaft möglich und um diesen Missbrauch zu verhindern, verlangt der schweizerische Ent-

wurf bei beiden Arten von Gesellschaften die Bestätigung durch die Generalversammlung der Aktionäre.

Sodann ist aber die Kommanditgesellschaft auf Aktien auch als solche in ihrem besondern Karakter angegriffen worden. Die oben angeführten Ziffern beweisen, dass diese Gesellschaft in Frankreich allerdings eine über das wirkliche Bedürfniss ansteigende Ausdehnung angenommen hatte und die Missbräuche so entscheidend waren, dass ein französischer Gesetzesentwurf von 1838 dieselben sogar gänzlich verbieten wollte. Die Deputirtenkammer opponirte und es blieb beim Entwurf. Die Missbräuche aber dauerten fort, bis endlich im Jahr 1856 (17. Juli) ein Gesetz in mässiger und doch wirksamer Weise die Kommanditgesellschaft gesetzlich regulirte. Die Freiheit von der Staatsgenehmigung wurde ihr nicht geraubt, wohl aber eine Anzahl gesetzlicher Garantien gegen den Missbrauch aufgestellt, wie sie nun zu einem grossen Theile sowohl in dem deutschen Handelsgesetze, als in unserm schweizerischen Entwurf enthalten sind.

Das französische Gesetz von 1856 muss stark gewirkt haben. Denn das Kapilal der Kommanditgesellschaften auf Aktien betrug am 23. Juni 1857 Frs. 580,779,000, am 30. Juni 1856 dagegen die Summe von Frs. 1,928,671,000. Die Verminderung beträgt also die ungeheure Summe von mehr als 1300 Millionen Franken, während z. B. das Kapital der Kollektivgesellschaften um circa 4 Millionen gestiegen ist. Die Verminderung nimmt von Jahr zu Jahr zu; wir entnehmen aus dem Journal des Tribunaux vom 11. Juli 1861, dass das Kapital der Kommanditgesellschaften am 30. Juni 1860 117 Millionen betrug, am 30. Juni 1861 dagegen nur noch Frs. 87,770,000.

Diese Verminderung ist ohne Zweifel der Strenge des genannten Gesetzes zuzuschreiben und es wird sich selbst fragen, ob nicht dieselbe über das Bedürfniss herausgegangen ist. Die Strenge darf nicht so weit gehen, um den Aufschwung des Gesellschaftsrechtes zu verhindern. Grösser als die Gefahren der modernen Sklaverei, vor denen Mohl so eindringlich warnt, sind die Vortheile, welche das Aktienwesen in unserer Zeit hervorbringt. Nicht nur ist die Gesellschaft einer der mächtigsten Hebel der Industrie, die Mutter der segenbringendsten Schöpfungen, sondern sie ist auch wesentlich demokratisch. Sie ist eifrige Sammlerin der kleinen Kapitalien, wo immer sie sich unbenutzt vorfinden; sie macht den kleinen Mann zum Kapitalisten.

Es ist gewiss von Bedeutung, wenn der Präsident des Handelstribunals der Seine zu gleicher Zeit, wie er auf die Missbräuche der Kommandit-Aktiengesellschaft hinweist, erklärt: „On ne saurait d'ailleurs oublier que dans l'état de division de nos fortunes chacun de nous est voué à de constants efforts; que tous prennent plus ou moins directement part au commerce, qu'il importe d'assurer le prix de ces luttes laborieuses et que parmi les voies à ouvrir à l'activité nationale se place au premier rang une loi qui devienne un encouragement à la formation des sociétés, seules puissances capables de faire face aux promesses de l'avenir. Combien de fois ne nous a-t-il pas été donné, de constater tout ce que présentaient d'imperfections et de lacunes nos lois commerciales encore si profondément empreintes des traces d'un régime de privilège et de tutelle!" Diese Worte, zur Eröffnung der Sitzungen des Handelstribunals im Jahre 1861 gesprochen, erscheinen heute wie ein Programm für die seitherigen

gesetzgeberischen Fortschritte. Im Jahre 1863 wurde die von der Staatsgenehmigung befreite société à responsabilité limitée kreirt und nach den jüngsten Erklärungen des französischen Handelsministers wird auf dieser Bahn der Entfesselung von überflüssigen Schranken fortgeschritten werden.

Welche ökonomische Rolle kömmt nun aber in der Reihe der Gesellschaften der Kommanditgesellschaft auf Aktien zu? Entspricht auch sie einem bestimmten Bedürfniss? Hier liegt die Hauptfrage; denn muss diess bejaht werden, so sollen alle Missbräuche den Gesetzgeber nur dahin bringen, diese möglichst zu unterdrücken, nicht aber eine Gesellschaftsform, wenn sie aus dem Leben selbst heraussgewachsen ist, zu verbieten. Nun ist aber das Bedürfniss ein sehr nahe liegendes. Haben die Gründer einer Industrie zum Zweck eines grossartigen Betriebes derselben eine reine Aktiengesellschaft gegründet, so haben sie ihr Bestimmungsrecht für die Zukunft eingebüsst; die fernere Entwicklung des Geschäfts wird vielleicht eine ihren Gründungsideen durchaus entgegengesetzte sein. Wollen dies die Gründer nicht eintreten lassen und können sich doch die nöthigen grossen Kapitalien nicht auf dem Wege der einfachen Kommandite, sondern nur durch Ausgabe von Aktien verschaffen, so ist die Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien die einzig mögliche.

Es ist aber ferner leicht denkbar und wir haben davon Beispiele in der Nähe, dass eine solche Gesellschaft gegründet wird, um dem Geschäft wegen der unbezweifelten Solidität und Tüchtigkeit der persönlich haftbaren Geranten den nöthigen Kredit zu verleihen. Es gibt genug Fälle, wo die Aktionäre auf ein Programm hin nicht zu

finden sind, während sie ohne Bedenken kommanditiren, wenn ihnen bekannte Personen nicht bloss als Gründer und Mitaktionäre, sondern mit ihrer ganzen vermögensrechtlichen Persönlichkeit, d. h. mit der vollen Haftbarkeit von Komplementaren, an der Spitze stehen. Das Gleiche gilt aber selbst auch für den Kredit des Geschäfts bei Dritten. Auch diese vertrauen oft weit mehr einer Person, die ein halbes Leben hinter sich, als einer Unternehmung, die nur eine schwer berechenbare Zukunft vor sich hat.

Freilich gibt es auch Kommanditgesellschaften auf Aktien, deren Geranten eine persönliche Garantie nicht zu bieten im Stande sind und man hat viel von Strohmännern gesprochen. Es ist aber durchaus falsch, dies als die allgemeine Regel anzunehmen. Dem widerspricht nicht bloss die Erfahrung, sondern auch der gute Grund, dass in den Verhältnissen schweizerischer Städte Strohmänner auch leicht als solche erkannt werden. Dann aber wird unter allen Umständen Niemand ohne seine Schuld getäuscht; denn Niemand ist veranlasst, dem Namen eines ihm unbekannten persönlich haftbaren Geranten, wenn er an der Spitze einer Gesellschaft steht, besonderes Vertrauen beizumessen. Niemand spricht von einer Täuschung, welche der Gesetzgeber verhindern sollte, wenn ich einem Kollektivgesellschafter oder auch einem Einzelkaufmann irrthümlich ein grosses Vermögen zugeschrieben habe, das er leider nicht besitzt. Es gibt ja auch ausser der Kommanditgesellschaft auf Aktien „Strohmänner“, vor denen man sich in Acht zu nehmen hat. Und endlich ist der Gläubiger einer Kommanditgesellschaft auf Aktien so gut daran, als der Gläubiger einer Aktiengesellschaft. Denn auch der Letztere hat keine andere Garantie, als die des Aktienkapitals, soweit es erreichbar ist, und diese

selbe Garantie hat auch der Gläubiger der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Ein Haupteinwand gegen die Aufnahme dieser Gesellschaftsform in das deutsche Gesetz bestund darin, dass dieses Institut noch wenig im Gebrauch und erst in der Entwicklung begriffen sei und man ihm erst Zeit lassen müsse, sich auszubilden. Es stehe noch keineswegs fest, ob es sich erhalten und kräftigen oder aus Mangel an Bedürfniss verschwinden werde. Nun aber haben wir nicht bloss gezeigt, dass ein reelles Bedürfniss existirt, sondern wir treffen auch faktisch diese Gesellschaftsform in den bedeutendern Handelsstädten der Schweiz ziemlich häufig an und in weitaus den meisten Fällen hat das Motiv der Annahme derselben gewiss nicht in der Umgehung der Staatsgenehmigung, soudern in der Natur der Verhältnisse gelegen. Es würde uns leicht fallen, dies an den einzelnen Gesellschaften nachzuweisen. Nun aber sollen wir von unsern westlichen Nachbaren soviel lernen, dass es gescheider ist, dem neu sich entwickelnden Institut gleich von vorneherein die gesetzlichen Bahnen anzuweisen, in denen es zum Nutzen des Verkehrs sich bewegen soll, als erst den Missbräuchen, die sich aus der Gesetzlosigkeit entwickeln müssen, mit gekreuzten Armen zuzusehen und sich zu ärgern. Das Gesetz muss mit der Entwicklung des Lebens gleichen Schritt halten.

Eine schwache Seite der Kommanditgesellschaften auf Aktien lässt sich aber nicht bestreiten. Sie besteht in dem Verhältniss der Aktionäre zu den Geranten. Ein Missverhältniss besteht schon bei der Aktiengesellschaft zwischen der Passivität der schwer beweglichen Masse der Aktionäre und der grossen Gewalt

des regierenden Vorstandes. Wir glaubten eine wohlthätige Temperirung dieser Gewalt zu finden in einer weitgehenden Oeffentlichkeit und Verantwortlichkeit und in der Schaffung einer aufsichthaltenden Mittelbehörde. Jenes Missverhältniss ist nun aber hier noch grösser, weil die Geranten bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht gewählt werden, keine Amtsdauer haben und nicht abberufbar sind. Ihre Stellung als die Spitzen der Gesellschaft kann sich nur durch Auflösung der Gesellschaft selbst ändern; sie sind mit der Gesellschaft selbst untrennbar verknüpft. Wenn nun das Aktienkapital der Kommanditäre sehr bedeutend ist und also in diesem der finanzielle Schwerpunkt der ganzen Unternehmung liegt, so kann allerdings die Gewalt der Geranten eine für die Aktionäre sehr gefährliche sein.

Der Präsident des Pariser Handelsgerichts äusserte sich in seiner Rede vom 6. Juli 1861 folgendermassen: »Nous avons en trop de circonstances constaté, combien pouvait être funeste l'action omnipotente du gérant disposant arbitrairement des capitaux, souvent de la fortune de ses associés.«

Es fehlt aber auch hier nicht an einem heilsamen Gegengewicht und dies besteht vor Allem in der persönlichen und unbeschränkten Haftbarkeit der Geranten für alle Schulden der Gesellschaft. Hier ist nicht bloss der Schuldige, wie bei dem Vorstand einer Aktiengesellschaft, sondern jeder Gerant als solcher haftbar. Freilich kann diese Haftbarkeit eine illusorische sein. Dann aber schützt auch das als obligatorisch erklärte Institut des Aufsichtsrathes (Art. 180, 188 u. f.). Ist die Geschäftsführung der Geranten geradezu gefährdend, so gibt das Gesetz (Art. 196) der Generalversammlung der Aktionäre

das Recht, beim Richter die *Auflösung der Gesellschaft* oder selbst die *Ausschliessung des schuldigen Geranten* zu beantragen.

Endlich ist für die Frage der Stellung der Aktionäre zu den Geranten von Wichtigkeit, ob man die Kommanditgesellschaft auf Aktien als eine besondere Art der Kommanditgesellschaft oder mehr als eine Aktiengesellschaft auffasst. Unser Entwurf bekennt sich in seiner ganzen Haltung eher zu der letztern Auffassung und da wird es sich herausstellen, dass die Stellung der Aktionäre gewinnt und also die viel gefürchtete Gefahr der Preisgebung ihrer Interessen vermindert wird. Freilich gibt es Kommanditgesellschaften auf Aktien, welche ihrer ganzen Anlage nach mehr der Kommanditgesellschaft gleichen, wo der Schwerpunkt immer noch auf den Komplementaren ruht. Dies ist besonders dann der Fall, wenn das Kapital der Kommanditäre nur einen untergeordneten Theil des Gesellschaftsfonds ausmacht. Allein in diesem Fall ist auch gewöhnlich das Bedürfniss zur Ausgabe von Aktien nicht vorhanden und es thut die gewöhnliche Kommanditgesellschaft denselben Dienst. Regel ist daher, dass das Aktienkapital der Kommanditäre bedeutend ist, dass durch diese Gesellschaftsfom eine *Verbindung von persönlichem Kredit und Tüchtigkeit mit einem grossen Kapital* angestrebt wird. Dann aber ist es der Natur der Sache und der Sicherheit aller Interessen viel entsprechender, wenn die Organisation dieser Gesellschaft, soweit es sich mit ihrem Wesen verträgt, wie diejenige der Aktiengesellschaft das Hauptgewicht auf die Kapitalvereinigung legt.

Das hat nun der schweizerische Entwurf gethan. In diesem Sinne spricht er nicht bloss vom Aktienkapital

der Kommanditäre, sondern es soll nach Art. 173 das Grundkapital der Gesellschaft überhaupt in Aktien zerlegt sein, d. h. also auch die Gesellschaftseinlagen der Geranten. Es wurde in Nürnberg dagegen geltend gemacht, „es könne sich ein verantwortlicher Gesellschafter und Eigenthümer des Geschäfts nicht selbst einen Schuldschein (Aktie) ausstellen.“ Allein diese Auffassung ist insofern unrichtig, als das moderne Gesellschaftsrecht selbst bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft nicht den Komplementar als den Herrn des Geschäfts auffasst, sondern die Gesellschaft.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien bildet ferner nach Aussen, wie die Aktiengesellschaft, eine Kapitaleinheit, die mit dem persönlichen Vermögen der Komplementare, das nur den Hintergrund bildet, gar nichts zu schaffen hat.

Sodann ist auch eine Trennung von Kommanditären mit Aktien und Komplementaren, die nicht Aktionäre sein können, praktisch undurchführbar, da doch Niemand einen Komplementar hindern kann, auch selbst Aktien der Gesellschaft zu erwerben. Auch besteht dafür kein Grund, sondern es kann im Gegentheil nur vortheilhaft sein, wenn der Gerant durch Ankauf von Aktien ein erhöhtes Interesse an der Geschäftsführung gewinnt.

Dass die Theilung des ganzen Gesellschaftskapitals, statt bloss eines Theils desselben einfacher und besonders für Berechnung von Zins und Dividende praktischer ist, das lehrt die Erfahrung am besten. Von den Statuten von schweizerischen Kommanditgesellschaften auf Aktien, die vor uns liegen, ist nicht eine einzige, die nicht ihr ganzes Grundkapital in Aktien zerlegt, und nirgends

ist die Rede von Einlagen der Geranten, welche ausserhalb des Aktienkapitals stünden. Die besondern Apports der Gründer etc. sind in Aktien berechnet und gehören als solche zum gesammten Aktienkapital. Dies hindert natürlich nicht, dass die Statuten vorschreiben, dass die Aktien, welche diesen Apport repräsentiren, während der Dauer der Gesellschaft unveräusserlich sind. Aber es wäre ganz falsch, anzunehmen, dass diese unveräusserlichen Aktien, dieser statutengemässe Apport die einzige Einlage der Komplementäre bilden; sondern es sind diese gewöhnlich mit weit grössern Summen als Aktionäre betheiligt. Sollen nun diese Aktien anders behandelt werden, als jene? Dafür liegt kein Grund in der Natur der Sache.

Wenn demnach der schweizerische Entwurf das Gesellschaftskapital in Aktien zerlegt, so ist eine erste nothwendige Folge davon, dass nicht bloss die Kommanditäre, sondern auch die Geranten im Verhältniss ihrer Aktien Stimmberechtigte der Generalversammlung der Aktionäre sein müssen. Davon sind allein ausgenommen die Angelegenheiten, in denen sie selbst als Betheiligte erscheinen (Art. 181).

Eine zweite Folge aber ist, dass der Generalversammlung, als der Vertreterin des Gesammtkapitals, eine höhere Stellung angewiesen werden kann, als ihr bisher zukam. Sie ist von jetzt an nicht mehr bloss der Repräsentant der einseitigen Kommanditärsinteressen gegenüber der Gewalt der Geranten, sondern sie ist eine oberste Gewalt der Gesellschaft überhaupt. Wir machen wiederholt aufmerksam, dass, je kräftiger dieser Gedanke ausgebildet wird, um so mehr die Stellung der Kommanditäre erstarken muss. Unser Entwurf gibt demgemäss der

Generalversammlung das Recht, die Gesellschaftsrechnung zu prüfen und zu genehmigen und über die Gewinnvertheilung zu beschliessen (Art. 180). Da erhebt sich die Generalversammlung schon über die Stellung einer Aufsichtsbehörde; sie hat Attribute, die nur einer Gesammtvertretung der Gesellschaft zukommen dürfen. Dies ist noch ausgesprochener der Fall, wenn nach Inhalt der Art. 183 und 150 die Generalversammlung zu jeder Zeit die Befugniss hat, Kommissäre zur Vornahme bestimmter Geschäfte zu ernennen.

Dies ist nun aber allerdings der äusserste Punkt, bis zu welchem der Entwurf in der angezeigten Richtung gehen konnte, ohne ein anderes Grundprinzip der Kommanditgesellschaft auf Aktien ernstlich zu gefährden, nämlich die Unveränderlichkeit des Rechts der Komplementare auf eine freie, selbstherrliche Geschäftsführung. Wird dieses Prinzip illusorisch gemacht, so ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien selbst an der Wurzel angegriffen und damit das Bedürfniss, dem sie dienen soll, auf die Seite gesetzt. Es hat daher unser Entwurf im Art. 184 das Recht der unbeschränkt haftbaren Gesellschafter auf die Geschäftsführung ohne Rückhalt anerkannt und die einzigen Einschränkungen sind die der Generalversammlung vorbehaltenen Rechte. Dahin gehört freilich auch das Recht, dessen oben schon Erwähnung gethan worden ist, beim Richter auf die Auflösung der Gesellschaft und selbst auf Ausschliessung eines Geranten anzutragen. Aber überall karakterisirt sich die Generalversammlung nicht als eine regierende Macht, sondern als ein oberster Moderator des unveränderlichen Regiments der Geranten. Sie ist nicht ganz unähnlich der Landesvertretung in der konstitutionellen Monarchie,

während die Generalversammlung der eigentlichen Aktiengesellschaft eine republikanische Volksrepräsentation darstellt, welche das Regiment zwar nicht selbst führt, aber doch stets wieder von Neuem bestellt, und demselben übergeordnet ist.

Ist aber vielleicht das System, wie wir es hier dargestellt haben, ein theoretisch erfundenes? Nein! Denn nicht bloss ist es auf das praktische Bedürfniss und auf die Vermeidung der bisherigen Fehler gerichtet, sondern wir finden dasselbe ausgesprochen oder wenigstens angedeutet in Dem, was das Leben ohne Hülfe des Gesetzgebers selbst schon gefunden hat. Einige Bestimmungen aus Statuten von schweizerischen Kommanditgesellschaften auf Aktien mögen hier zum Nachweise dienen.

In den Statuten des Comptoir d'escompte de Bâle ist das ganze Gesellschaftskapital von 1 Million durch 500 Aktien von je 2000 Franken gebildet. In der Generalversammlung ist jeder Eigenthümer einer Aktie, also nicht bloss der Kommanditär, stimmberechtigt (Art. 27). Die Generalversammlung hat insbesondere den Bericht der Aufsichtskommission über die Geschäfte der Gesellschaft zu genehmigen, die Dividendenvertheilung zu prüfen und gutzuheissen. Auch die Auflösung der Gesellschaft kann bei eintretenden Verlusten von der Generalversammlung beschlossen werden. Endlich steht derselben das Recht zu, „Abänderungen der gegenwärtigen Statuten vorzunehmen, doch immerhin unter Beibehaltung der Grundlagen einer Kommanditgesellschaft." Auch den letztern Bestimmungen widerspricht unser Entwurf nicht. Zwar schreibt derselbe sowohl für die Auflösung der Gesellschaft, als auch für die Abänderung der Statuten ausser dem Be-

schluss der Generalversammlung auch die Zustimmung der unbeschränkt haftbaren Gesellschafter vor und zwar in Respektirung der zwei berechtigten Faktoren in dieser Gesellschaft. Allein in beiden Fällen soll es den Statuten freigegeben sein, die Gesellschaft noch mehr von der Macht der Geranten zu emanzipiren und die Generalversammlung souverän zu erklären. Gefahr hat es keine dabei; denn die Masse wird immer unbehülflich sein und also die Herrschaft faktisch doch zum grössten Theile den Geranten gehören. Dazu sind es die Geranten selbst, von denen die Statuten ausgehen und Niemand soll es ihnen verwehren, den Aktionären weitreichende Garantien auszusprechen. Dabei ist aber selbstverständlich, dass eine Abänderung der Statuten nicht auch die Grundlage der Gesellschaft, nämlich das Verhältniss der Geranten als solche zu derselben, in ihrem Marke berühren darf.

Die Statuten der Brasserie des Paquis, einer genferischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, gehen, von derselben Idee geleitet, noch einen Schritt weiter. Auch hier ist das ganze Kapital von 200,000 Franken in Aktien getheilt und ist vorgeschrieben: „L'assemblée générale se compose de tous les porteurs d'actions." Zu diesen gehört auch der Gründer der Gesellschaft, der eine Einlage von 6000 Franken macht, für welche ihm 12 unveräusserbare Aktien von je 500 Franken ausgehändigt werden. Der Gerant ist nahezu in der Stellung eines gewählten Direktors einer Aktiengesellschaft; er bezieht ein jährliches fixes Honorar; er wird verpflichtet, seine volle Zeit dem Geschäfte zu widmen. Seine Vertretungsbefugniss für seine Geschäfte mit Dritten ist sogar in einzelnen Punkten beschränkt: „Il ne pourra ni vendre ni hypothéquer les immeubles de la société sans l'autori-

sation de l'assemblée générale des actionnaires.«

Eine andere genferische Kommanditgesellschaft auf Aktien unter der Firma: Alfred Neydeck et Comp., haut-fourneau pour la fusion des cendres et produits aurifères et argentifères, zeigt einen ähnlichen Karakter. Auch hier ist der Gerant wie ein Aktionär behandelt, wenn auch nur mit berathender Stimme in den Sitzungen. Die Generalversammlung hat das Recht zu beschliessen »soit sur l'émission de nouvelles actions, soit sur la dissolution anticipée de la société.«

Die Statuten solcher Gesellschaften haben uns den richtigen Weg gezeigt und besonders davor bewahrt, die Kommanditgesellschaft auf Aktien der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft, von der sie doch nur den Grundsatz der persönlichen Haftbarkeit Einzelner, nicht zum mindesten aber auch die Organisation und das äussere Auftreten und Wirken entlehnt hat, nachzubilden. Die Aktie hat an sich den Karakter des Sachlichen, Unpersönlichen, weil gleichmässig gross zugeschnitten, des leicht Uebertragbaren, also Beweglichen und die Vereinigung von Aktienkapital hat den Karakter der Grösse des Resultates durch Vielheit der Theilnehmer, also auch des Nichtindividuellen. Und diese Karaktere von Aktie und Aktienvereinigung bleiben sich ganz getreu in der Kommanditgesellschaft auf Aktien, so gut, wie in der eigentlichen Aktiengesellschaft.

Die Eintheilung des deutschen Gesetzes, wonach ein erster Abschnitt »von der Kommanditgesellschaft im Allgemeinen« und der zweite »von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere« handelt, ist nach dem

Gesagten dem Karakter dieses Instituts wenig entsprechend und trägt auch nicht zur Klarheit bei. Unser Entwurf behandelt darum die Kommanditgesellschaft auf Aktien als eine besondere vierte Gesellschaftsform und zwar erst nach den drei Grundformen der Handelsgesellschaft und insbesondere nach der einfachen Aktiengesellschaft. Dass diese Ordnung auch die Redaktion sehr erleichterte, zeigt ein einziger Blick in den vierten Titel.

Wichtiger als das Gesagte aber ist, dass der schweizerische Entwurf auch in der materiellen Behandlung dieser Gesellschaft seinen selbstständigen Weg gegangen ist. Das deutsche Handelsgesetz hat die Kommanditgesellschaft auf Aktien neben der Aktiengesellschaft wie ein Stiefkind behandelt, mit Strenge und Misstrauen. Diese Gesellschaft sollte ursprünglich von der Staatsgenehmigung befreit sein und darum suchte der Gesetzgeber um so mehr gesetzliche Garantien gegen die drohenden Missbräuche. Später wurde dann die staatliche Genehmigung auch für diese Gesellschaft gefordert und dieselbe also auf gleiche Linie mit der eigentlichen Aktiengesellschaft gestellt, dessenungeachtet aber ganz inkonsequent jene hemmenden Garantien beibehalten. Der schweizerische Entwurf dagegen hat die beiden Gesellschaften von der Staatsgenehmigung befreit; sie stehen also auch auf gleicher Linie und sollen darum denn auch in gleicher Weise behandelt werden. Allerdings bedarf es bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien eines noch kräftigeren Schutzes der Aktionäre gegenüber den Geranten, als bei der Aktiengesellschaft gegenüber der Gesellschaftsdirektion, weil dort die Geranten eine festere Position haben, als hier die Vorsteher oder Direktoren. Allein umgekehrt entspricht bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien der

grössern Gewalt der Geranten auch ihre grössere Verantwortlichkeit, nämlich ihre persönliche und solidarische Haftbarkeit und damit ist das Gleichgewicht mit der Aktiengesellschaft wieder hergestellt.

In diesem Sinne hat der schweizerische Entwurf die Sätze, welche das deutsche Gesetz nur für die Kommanditgesellschaften auf Aktien, nicht aber auch für die Aktiengesellschaften aufstellt, gestrichen.

Der Art. 173 des deutschen Gesetzes schreibt vor, die Aktien oder Aktienantheile müssen bei Kommanditgesellschaften auf Aktien auf den Namen lauten. Es ist aber gar nicht abzusehen, warum Inhaberaktien bei den Aktiengesellschaften zugelassen werden sollten, hier aber nicht. Auch v. Hahn nennt dies eine unmotivirte Belästigung der Kommandit-Aktiengesellschaft.

Ganz dasselbe gilt von der Vorschrift, die Aktien bei Strafe der Nichtigkeit auf einen Betrag von mindestens zweihundert Thalern zu stellen.

Der Art. 181 des deutschen Gesetzes bestimmt, dass für die gesellschaftlichen Kapitalantheile, welche auf die Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter fallen, oder welche denselben als besondere Vortheile ausbedungen sind, keine Aktien ausgegeben und dass die Kapitalantheile von diesen Gesellschaftern nicht veräussert werden dürfen. Eine solche Bestimmung könnte mit gleichem Fug auch für die Vorsteher einer Aktiengesellschaft aufgestellt werden, ja selbst mit noch mehr Grund, da diese nur bei Verschuldung persönlich haftbar sind, während die Geranten, ob sie Aktien besitzen oder nicht, immerhin mit ihrem Gesammtvermögen subsidiarisch einzustehen haben. Nun aber scheint uns eine Bestimmung,

wie die des deutschen Gesetzes, von nicht so grosser Bedeutung zu sein, um sie nicht den Statuten überlassen zu sollen. Oft werden besondere Einlagen der Geranten gar nicht ausbedungen; dieselben betheiligen sich zwar mit Aktien, aber nicht in ihrer Eigenschaft als Geranten. Dies kann nicht verhindert werden und doch ist dann in diesem Falle die Bestimmung des Gesetzes ohne Wirkung. Die Bestimmung würde nur dann eine wirkliche Bedeutung haben, wenn sie mit der Unveräusserlichkeit auch ein obligatorisches Minimum der Kapitalbetheiligung feststellte. Allein dieses Minimum müsste, um nicht die Individualität einzelner Fälle zu verletzen, so tief gegriffen werden, dass es in den meisten Fällen wieder nichts bedeuten würde. Wir abstrahiren daher auch hier von einer Bestimmung, die der Kommanditgesellschaft auf Aktien eigenthümlich sein würde.

Nach Art. 184 des deutschen Gesetzes bleibt der ursprüngliche Zeichner einer Aktie, so lange der Betrag derselben nicht vollständig eingezahlt ist, zur Einzahlung des vollen Rückstandes an die Gesellschaft verpflichtet und diese kann ihn von dieser Verbindlichkeit auch nicht entlassen. Auch hier tadelt der treffliche Kommentar des Gesetzes von v. Hahn (p. 412), dass der Kommanditär-Aktionär in eine unvortheilhaftere Lage gesetzt wird, als der Aktionär einer Aktiengesellschaft. Es soll die Unterschiebung insolventer Personen verhütet werden; allein offenbar ist diese bei der Aktiengesellschaft noch vollständiger möglich, da bei derselben keine einzige Person bleibendes Gesellschaftsglied ist. Der schweizerische Entwurf hält bei beiden Gesellschaften die unbedingte Haftung des Zeichners für 40 % für genügend.

Endlich verlangen die Art. 177 und 178 des deutschen Gesetzes zur Konstituirung die Zeichnung aller

Aktien, die Einzahlung eines Viertheils jeder Aktie und die Bestellung des Aufsichtsrathes. Allein auch hier ist diese strenge Behandlung der Kommanditgesellschaft auf Aktien gegenüber der Aktiengesellschaft durchaus grundlos. Eine solche Bestimmung ist schwer zu fassen, wenn nach demselben Gesetz bei der Aktiengesellschaft, wo doch nichts haftet, als das Kapital, eine bestimmte Einzahlung zur Konstituirung nicht erforderlich sein soll.

So hat der schweizerische Entwurf alle Ausnahmsbestimmungen über Bord geworfen und die beiden Gesellschaftsformen gleichgestellt und zwar nicht bloss negativ, sondern auch positiv. So ist die Abschätzung und Prüfung der Gesellschaftseinlagen, die nicht in Geld bestehen, von der Aktienkommandite auch auf die Aktiengesellschaft übertragen worden und in der That ist ein Misstrauen nicht bloss gegen die Geranten jener erstern Gesellschaft, sondern auch gegen die Gründer von Aktiengesellschaften gerechtfertigt (Art. 151 und 183).

Dass endlich der Aufsichtsrath einer Kommanditgesellschaft auf Aktien eine besondere Rolle hat, geht aus dem Wesen dieser Gesellschaft hervor. Allein auch darin hat der Entwurf die beiden Gesellschaftsformen nach demselben Gedanken behandelt: der obligatorische Karakter des Aufsichtsrathes bei der Aktienkommandite hat nämlich nun auch auf die Aktiengesellschaft eine Anwendung gefunden, indem das Institut der Rechnungsrevisoren ebenfalls als obligatorisch erklärt worden ist. Die Rechnungsrevisoren sind aber im Keim, was der Aufsichtsrath in voller Ausbildung ist.

Durch diese Gleichstellung der beiden Formen der Gesellschaft im grossen Styl mit Massenbetheiligung

durch Aktien, im Gegensatz zu der kleinen Kommandite und Kollektivgesellschaft, und namentlich durch die Befreiung beider von der staatlichen Genehmigung sollte Das erreicht werden, was wahre Aufgabe des Gesetzes ist: nämlich das Verkehrsleben zu ordnen und nicht zu zwingen, die dem Verkehr zusagenden Formen zu bilden, aber dem Leben nicht diese oder jene Form vorzuschreiben, die Formen so zu gestalten, dass das Leben nicht anders als nach freier Wahl handelt und nicht den Umweg suchen muss, um zu einem erlaubten Zwecke zu gelangen.

Von Geschäften des Mobiliarverkehrs.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Inhalt des dritten Buches des schweizerischen Entwurfes ist schon oben in der Einleitung im Grossen karakterisirt worden. Derselbe ist nicht eingeschränkt auf den Handelsverkehr, sondern er enthält allgemeines Verkehrsrecht. (Art. 204). Eine juristische Beschränkung des Rechtsstoffes besteht aber insofern, als der Verkehr mit Immobilien ausgeschlossen ist und eine faktische Beschränkung insofern, als unser Entwurf nur solche Bestimmungen und Institute herausgegriffen hat, die dem Handelsverkehr nahe stehen und die einer einheitlichen Regulirung sowohl fähig als bedürftig sind.

Die erstangeführte Beschränkung musste in unserm Entwurf ausdrücklich ausgesprochen werden, sobald wir den Boden der „Handelsgeschäfte", von denen Verträge über unbewegliche Sachen schon begrifflich ausgeschieden sind, einmal verlassen hatten. Bestimmungen

über Kauf und Verpfändung von Grundstücken würden gegen jeden schweizerischen Entwurf über Verkehrsrecht grosse Bedenken hervorrufen.

Was die zweite Beschränkung angeht, so sind wir darin weiter gegangen, als das deutsche Handelsgesetz und haben uns im Bestreben, nicht zu viel zu wollen, auf diejenigen Normen beschränkt, deren einheitliche Annahme von jedem Sachkundigen ohne Bedenken als Errungenschaft für unseren Kredit, für den Schutz wichtiger Rechte, für die Sicherheit des Verkehrs anerkannt werden muss. Wir haben uns auch mehr zurückgehalten, als das deutsche Gesetz, weil auf der andern Seite der Wirkungskreis unserer Sätze viel umfangreicher ist, als derjenige der deutschen Sätze, da sich diese nur auf „Handelsgeschäfte“ beziehen.

Nach dem Art. 278 D. H. G. hat der Richter bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Wir verwerfen jede solche Interpretationsregel. Es gibt für das Handelsrecht keine andere Art, die Wahrheit zu erforschen, als für civilrechtliche Verhältnisse. Im Uebrigen ist dies eine Regel, die sich für den guten Interpreten, richtig verstanden, ganz von selbst versteht, für den schlechten aber nur Anlass zum Missbrauch hergibt.

Nach Art. 280 D. H. G. wird bei einer Verpflichtung von zwei oder mehrern Personen aus einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, die Solidarität präsumirt. Unser Entwurf kennt auch diese weitreichende Bestimmung nicht. Die Solidarität widerspricht sowohl dem französischen Code, als auch den

meisten kantonalen Gesetzen (mit Ausnahme des Solothurnergesetzes § 982), und es besteht kein innerer Grund, hier den Handelsverkehr vom Civilverkehr zu trennen und damit in einer tief greifenden Rechtsfrage die Einheit des Rechtes zu zerstören. Ist die Solidarität vom Gläubiger beabsichtigt, so mag er vorsichtig sein und sich dieselbe auch besonders ausbedingen. Dieser Satz entspricht heute dem allgemeinen Rechtsgefühle noch besser, als die Solidarität, die nur bei Vereinigung der Schuldner durch ein Gesellschaftsverhältniss guten Grund hat. Endlich ist der Ausschluss der Einrede der Theilung und der Vorausklage bei der Solidarität (Art. 281 D. G. H.) in unsern Civilgesetzen meist schon enthalten. (Code civil art. 1203, Solothurn § 982, Zürich § 941, Bünden § 352 u. s. w.).

Wir nehmen aus ähnlichen Gründen auch die Bestimmungen über das Maass der Sorgfalt und über die Grösse des Schadensersatzes aus dem deutschen Gesetze (Art. 282 und 283) nicht auf. Namentlich würde die Bestimmung, dass, wer Schadensersatz zu fordern hat, auch die Erstattung des entgangenen Gewinns verlangen kann, tief in die kantonalen Civilgesetze eingreifen (Zürchergesetz § 998) und zwar ohne damit ein grosses Resultat zu erzielen. Denn bis zur Feststellung dessen, was entgangener Gewinn ist und bis zur Eingränzung der Bestimmung auf Handelssachen, wie nach deutschem Gesetz, wäre noch manche Zweifelshecke zu übersteigen.

Der Grundsatz, dass Handelsgeschäfte wegen laesio enormis (übermässiger Verletzung) nicht angefochten werden können (Art. 286 D. H. G.), hat nicht nöthig, in unsern Entwurf aufgenommen zu werden. Wir kennen nämlich kein schweizerisches Gesetz mehr, in welchem dieser Satz nicht schon Bestand hätte. Der Code civil

kennt die læsio enormis allerdings, aber nur beim Verkauf von Immobilien, was nicht hieher gehört.

Wie schwierig endlich in der Praxis die eingeschränkte Anwendung aller dieser Bestimmungen auf „Handelsgeschäfte“ sein muss, zeigt sich besonders deutlich bei der Bestimmung des Art. 299 D. H. G. Wie soll bei einer abgetretenen Forderung mit Sicherheit erkannt werden können, ob sie aus einem Handelsgeschäft oder aus einem Civilgeschäft hervorgegangen ist? Uebrigens liegt es auch gar nicht in der Natur der Sache, dass im erstern Falle die Cession eine andere rechtliche Wirkung ausübe, denn im zweiten Fall.

Die allgemeinen Bestimmungen in unserm ersten Titel des dritten Buches haben danach die meisten Sätze, deren Anwendung auf das gesammte Mobiliar-Verkehrsrecht nicht thunlich sein würde, fallen gelassen und nur ganz ausnahmsweise finden sich Bestimmungen, die auf den Verkehr von Kaufleuten eingeschränkt sind.

Von den letztern erwähnen wir hier die Bestimmungen der Art. 209 und 210, von denen es sich leicht ergibt, dass sie bloss für Kaufleute begründet sind. Denn es kann billigerweise bloss von einem Kaufmann in gewissen Fällen präsumirt werden, er acceptire einen ihm gewordenen Auftrag, wenn er denselben nicht ausdrücklich abgelehnt hat, weil nur dem Kaufmann die Geschäftskenntniss und die Raschheit von geschäftlichen Beziehungen zuzumuthen sind. — Ebenso hängt es mit dem selbstständigen Wesen eines kaufmännischen Geschäfts, das ja auch einen besondern Namen führt, zusammen, dass eine Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers nicht erlischt, sondern bis zum Widerruf

der Erben fortdauert. Das Geschäft, die Firma dauert sehr oft fort und darum soll das Gleiche von der Vollmacht vermuthet werden. — Andere Bestimmungen rein kaufmännischen Karakters werden wir bei andern Gelegenheiten erwähnen.

Es wird nun unsere Aufgabe sein, die Hauptnormen dieses Titels hervorzuheben und wir werden es in der Reihenfolge thun, die der Entwurf selbst beobachtet hat.

Vertragsfähigkeit eines Kantonsfremden.

(Art. 206).

Es konnte sich nicht darum handeln, in dem Entwurf positiv ordnende Bestimmungen über die persönliche Fähigkeit aufzunehmen; denn diese bildet einen integrirenden Bestandtheil des kantonalen Personenrechts. Der Entwurf schweigt aus derselben Rücksicht auch über den minderjährigen Handelsmann und die Handelsfrau. Dagegen gehört in unser Verkehrsrecht, soll dessen Einheit eine fruchtbringende sein, ein Satz des internationalen Rechts über die Anwendung der Gesetze in Betreff der Vertragsfähigkeit. Es ist gleichgültig, ob überall in der Schweiz die Mehrjährigkeit im selben Jahre eintrete. Aber das ist wichtig, dass man bei jedem Vertrag mit Sicherheit wisse, welches Gesetz die Mehrjährigkeit bestimmt und ferner, dass man einem Contrahenten nicht zumuthe, das ferne Heimathrecht seines Mitcontrahenten zu kennen. Da hilft einzig und allein die Annahme des Territorialitätsprincips.

Es liegt im Geiste des heutigen Verkehrslebens, dass der Fremde nicht bloss freie Niederlassung habe, sondern auch aller Civilrechte des Einheimischen theilhaftig gemacht werde. Verkehr und Gewerb haben schon längst die engen Schranken von Gilden und Korporationen abgeworfen. Jetzt fallen nach und nach auch die nationalen Schranken und je mehr das geschieht, um so wohler befindet sich das Ganze. Nun ist es aber wie die Kehrseite dieser Theilnahme des Fremden an dem Rechte des Einheimischen, wenn Jener diesem Rechte auch da unterworfen ist, wo der Einheimische ein Interesse daran hat. Wenn wir den Fremden frei neben uns handeln und wandeln lassen, ist es dann billig, dass er sich da, wo etwa ein ihm ungünstiger Vertrag in Frage liegt, auf den ihm günstigen Standpunkt seines nationalen, heimathlichen Gesetzes zurückziehe und sich mit seiner Vertragsunfähigkeit schütze? Es ist klar, dass in der Anwendung des Nationalitätsprinzips, in dem System des Volksrechts gegenüber dem des Landrechts in vielen Fällen eine eigentliche Täuschung des einheimischen Mitkontrahenten gelegen ist, aus dem einfachen Grunde, weil der Fremde keine Nationalkokarde auf dem Hute trägt. Es sind uns Beispiele bekannt, wo die Anwendung des heimathlichen Rechts auf langjährig Niedergelassene ein wahrer Skandal war, „strictum jus," aber „summa injuria!"

Nun aber widerspricht unser Prinzip allerdings den bestehenden Kantonalgesetzen. Allein bereits hat sich auch hier der Einfluss der neuern Auffassung geltend gemacht. Das Zürcher Gesetz stellt zwar in §. 2 das Nationalitätsprinzip als Regel auf; allein die Ausnahmen sind so bedeutend, dass sie fast zur Regel werden. Es wird nämlich den Kantonsfremden die Anwendung ihres

heimathlichen Rechtes nicht unbedingt, sondern nur dann gewährt, wenn solches nach dem Recht des Staates, dem sie angehören, vorgeschrieben ist. Dann aber heisst es weiterhin: „Gleichwohl wird ein Fremder, der nach hiesigem Rechte handlungsfähig wäre, in Verkehrsverhältnissen mit Kantonseinwohnern als handlungsfähig auch dann angesehen, wenn er es nach seinem Heimathrechte überall nicht oder doch mit Bezug auf die in Frage kommenden Rechtsgeschäfte nicht wäre.“ Darin liegt gerade der Satz ausgesprochen, dem wir zur Herrschaft in der ganzen Schweiz verhelfen wollen. Nur die Einschränkung auf die Verkehrsverhältnisse der Fremden mit Kantonseinwohnern ist sehr spiessbürgerlich und dazu grundlos. Warum soll man den Fremden, der mit einem andern Fremden auf Zürcherboden handelt, nicht auch die Sicherheit geben, dass die Vertragsfähigkeit des letzteren sich nach Zürcherrecht beurtheilt?

Das neue Bündner Gesetz spricht zwar in § 1 noch absolut den Grundsatz des Volksrechtes aus. Es werden aber doch in § 2 ausdrücklich Bundesgesetze und Konkordate vorbehalten.

Wichtig ist hier aber namentlich der Vorgang des im Jahre 1862 der Bundesversammlung vorgelegten Gesetzentwurfes betreffend Ordnung und Ausscheidung der Kompetenzen der Kantone in den interkantonalen Niederlassungsverhältnissen. Der Entwurf ist zwar in vielen Parthien heftig angefochten und schliesslich verworfen worden. Allein gerade diejenigen Bestimmungen desselben, um die es sich hier wieder handelt, sind in den eidgenössischen Räthen nicht angefochten worden, obschon in denselben der

Territorialitätsgrundsatz nackt ausgesprochen ist. Es sollte sich nach dem Entwurf des Bundesrathes, wie nach den Kommissionalvorschlägen die Frage der Geschlechtsvormundschaft, sowie die Dauer der Vormundschaft und die Bestimmung der Volljährigkeit immer nach den Gesetzen des Niederlassungskantons richten.

Endlich ist derselbe Grundsatz mit Bezug auf die Fähigkeit im Verkehr auch noch jüngst auf der schweizerischen Juristenversammlung in Lausanne (1864) von französisch- wie deutsch-schweizerischer Seite als der Natur der Sache entsprechend anerkannt worden und fällt also auf wohl vorbereiteten Boden.

Nun wurde aber der Grundsatz der Territorialität in dem schweiz. Entwurf nicht rein erhalten, sondern es ist durch die Kommissionalberathung der zweite Satz des Art. 205 hinzugekommen, nach welchem die Verpflichtungen eines Kantonsfremden auch dann aufrecht zu erhalten sind, wenn derselbe nach seinem heimathlichen Rechte vertragsfähig ist. Es ist unbezweifelbar, dass auch dieser Satz der Verkehrssicherheit günstig ist. Es soll stets zu Gunsten der Gültigkeit einer Verpflichtung, stets zu Gunsten der Vertragsfähigkeit entschieden werden. Es soll die Anfechtung von eigenen Vertragshandlungen, die allerdings meistens Treu und Glauben zuwider ist, so viel möglich gehindert werden. Es soll auch nicht die Anomalie eintreten, dass z. B. Franzosen, die nach Basel kommen, in ihrer Heimath mehrjährig und vertragsfähig, in Basel aber minderjährig sind. Freilich würde dafür wohl auch die Bestimmung des erwähnten bundesräthlichen Gesetzentwurfes genügen, welche im zweiten Satz des Art. 23 folgendermassen lautet: „Wer indess einmal die Volljährigkeit

erlangt hat, behält diese Eigenschaft auch dann, wenn er in der Folge seinen Wohnsitz in einen Kanton verlegt, dessen Gesetzgebung ein höheres Alter für die Volljährigkeit festsetzt.“

Vertragsschliessung zwischen Entfernten.

(Art. 207 und 208.)

Ein Kaufmann in Basel lässt seinem Geschäftsfreunde in Zürich eine briefliche Verkaufs-Offerte zukommen; nach Absendung derselben aber hat er Ursache, die Offerte zu bereuen, da er theurer verkaufen könnte. Da frägt sich vorerst, von welchem Momente an derselbe an seine Offerte gebunden ist und sodann, wie lange er an dieselbe gebunden bleibt. Auf beide Fragen giebt der Entwurf klare, bestimmte Antwort, was um so wichtiger ist, als der jetzige Stand der kantonalen Gesetzgebungen allen möglichen Meinungen Raum lässt.

Der Offerent ist an seinen Antrag nicht schon von der Absendung seines Briefes an gebunden. Es soll ihm also freigestellt sein, seinen Antrag zu widerrufen. Er kann das letztere thun, z. B. durch telegraphische Depesche oder durch einen Brief, vorausgesezt, dass Depesche oder Brief früher oder doch wenigstens nicht später anlangen, als die Offerte. Der Antragsteller ist also an seinen Antrag erst dann gebunden, wenn derselbe dem andern Kontrahenten zugekommen und bis dahin nicht widerrufen ist. Ein späterer Widerruf ist dagegen ohne rechtliche Wirkung, so dass der Empfänger der Offerte

gleichwohl akzeptiren kann. Diese Bestimmung ist auch die des D. H. G. (Art. 320) und des Zürcher Gesetzes (§. 906).

Goldschmidt spricht sich dagegen aus und schlägt folgende Bestimmung vor: „Geht der Widerruf eines Antrages dem andern Theile vor dem Zeitpunkte zu, wo dieser die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben hat, so ist der Antrag für nicht geschehen zu erachten. Ein dem andern Theile später zugehender Widerruf ist dagegen ohne rechtliche Wirkung.“ Diese Entscheidung entspricht allerdings den gewöhnlichen Grundsätzen über die Anträge unter Gegenwärtigen, nicht aber auch dem praktischen Bedürfnisse des Verkehrs und namentlich des Grosshandels. Es ist nämlich häufig, dass der Kaufmann, der eine Offerte erhält, noch in derselben Stunde die offerirte Waare ganz oder theilweise, sei es telegraphisch, sei es auf dem Platz, andern Kaufleuten anbietet und je nachdem er Abnehmer findet, die Offerte annimmt oder ausschlägt. Um aber in dieser Weise sicher progrediren zu können, ist auch nöthig, dass der erste Offerent gleich mit der Ankunft seiner Offerte gebunden sei.

Es versteht sich von selbst, dass die Bestimmung des Gesetzes nicht auf den häufigen Fall sich bezieht, wo eine Offerte „ohne Verbindlichkeit“ oder mit einem ähnlichen Zusatze, der andeutet, dass der Antragsteller frei bleiben will, gemacht worden ist.

An die Bestimmung darüber, wann die einseitige Behaftung beginnt, schliesst sich eine zweite Frage nach der Dauer dieser Behaftung. Der Offerent wird frei, wenn die Annahmserklärung nicht ohne Aufschub zu seiner Kenntniss gelangt. Es darf nicht gefragt werden, ob

der Akzeptant an dem Aufschub schuld sei oder nicht; davon darf und soll das Recht des Offerenten, anders zu disponiren, nicht abhängen. Das Factum des Aufschubs allein soll entscheidend sein und ob dieses vorhanden sei, das kann nicht das Gesetz bestimmen, sondern nur der Richter im einzelnen Falle abwägen.

Endlich besteht ein wichtiges juristisches Interesse daran, zu wissen, welcher Zeitpunkt bei solchen Verträgen zwischen Entfernten als Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anzusehen ist. Das deutsche Handelsgesetz (Art. 321) bezeichnet als solchen den Zeitpunkt, „in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist.“ Nun ist aber diese Entscheidung einerseits nicht bestimmt genug; denn ohne Hülfe des Nürnberger Protokolls (163te Sitzung, p. 1361 u. f.) kann man unmöglich wissen, ob es genügt, dass die „Erklärung“ (also nicht der Brief) abgegeben, d. h. in Briefform geschrieben und etwa versiegelt ist, oder ob der Kaufmann den Annahmebrief seinem Diener übergeben haben müsse, damit er ihn auf die Post trage, oder ob die Abgabe des Briefes auf der Post selbst erforderlich sei. Anderseits erscheint uns jene Entscheidung auch an sich, prinzipiell nicht richtig zu sein.

Abgeschlossen ist ein Vertrag durch Erklärung und Gegenerklärung; der Gedanke genügt nicht, sondern es bedarf der Aeusserung. Aber auch die Aeusserung im einsamen Comptoir oder in Anwesenheit von dritten Unbetheiligten, sei es mündlich oder schriftlich, kann nicht genügen, sondern nur die Aeusserung dem Mitkontrahenten oder seinem Stellvertreter gegenüber. Diese ist aber nicht vollendet und definitiv, bevor der Letztere die Erklärung auch empfangen hat, nicht anders, als bei münd-

licher Verhandlung der Vertrag nicht eher abgeschlossen ist, als bis die Erklärung der Annahme abgegeben und vernommen worden ist. Es muss also der Brief, in welchem die Zustimmung zur Offerte enthalten ist, nicht bloss abgesendet, sondern auch an die Adresse gelangt sein. Was nützt es dem deutschen Gesetz, die Perfection des Vertrages auf einen frühern Zeitpunkt zu verlegen? Ist ja doch auch nach diesem Gesetz die Erklärung der Annahme erst dann nicht mehr widerruflich, wenn dieselbe einmal bei dem Antragsteller eingegangen ist. Die Auffassung unsers Entwurfs (Art. 208) ist auch diejenige des Zürcher Gesetzes (§ 904).

Erfüllung von Verpflichtungen.

(Art. 211—220).

Der Entwurf beginnt mit dem Ort der Erfüllung und stellt darüber einen allgemeinen Satz auf: in erster Linie ist immer der Vertrag selbst entscheidend, bei dessen Stillschweigen aber die Natur des Geschäfts oder die Umstände. Wenn auch daraus Nichts geschlossen werden kann, so soll, wenn eine bestimmte Sache Gegenstand der Erfüllung ist, der Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort angesehen werden. (Art. 212.) Diese letztere Bestimmung ist dem Zürcher Gesetz § 993 entnommen und rechtfertigt sich einerseits dadurch, dass durch deren Annahme in der Regel die Pflicht des Schuldners nicht erschwert wird und anderseits der Erfüllungs-

ort mit dem Gerichtsstand übereinstimmt. Im Uebrigen hat der Richter, da er die Natur des Geschäfts und beliebige Umstände berücksichtigen darf, hinreichenden Spielraum. Eine besondere Entscheidung endlich enthält der Art. 213 für Geldzahlungen, die in Uebereinstimmung ist mit dem Zürcher Gesetz (§ 994), dem Bündner Gesetz (§ 331) und dem deutschen Handelsgesetz (Art. 325), sowie mit der handelsmännischen Usanz.

Die Bestimmungen über die Zeit der Erfüllung stimmen in Vielem mit den entsprechenden Bestimmungen im Wechselrechte zusammen und der Entwurf verweist daher da, wo von der Erfüllung zu einem angegebenen Zeitpunkte oder mit dem Ablauf einer bestimmten Frist die Rede ist, auf den Titel über den Wechsel. Dagegen ist von diesen beiden Fällen zu unterscheiden, wo die Erfüllung nicht in einem so oder anders bestimmten Moment, sondern während eines bestimmten Zeitraumes vorgenommen werden muss. Darauf bezieht sich Art. 215.

Die Bestimmung über die Münzsorte, mit der bezahlt werden muss, stimmt überein mit Art. 390 im Titel über den Wechsel und ebenso mit den ausländischen Gesetzen. Im Art. 42 des schweizerischen Wechselkonkordats-Entwurfes dagegen stand der Grundsatz, dass die „effective" Zahlung in den im Titel benannten fremden Münzsorten die Regel sei und also die Zahlung in schweizerischer Währung ausdrücklich bedungen werden müsse. Allein von den Kantonen, die bis jetzt den Entwurf angenommen haben, hat einzig Solothurn auch diese Bestimmung adoptirt, während die übrigen Kantone den Grundsatz angenommen haben, der nun auch in unserm Entwurf enthalten ist.

Der Art. 220 endlich ist zu einem Theil dem Zürchergesetz (Art. 9ê2) entnommen und es ist ganz gerechtfertigt, dass ausser den Banknoten auch das Papiergeld genannt ist. Denn abgesehen von dem fremden Papiergeld, das anzunehmen der hiesige Gläubiger unter keinen Umständen gezwungen werden darf, entspricht es auch einem gesunden Karakter allfälligen inländischen Papiergeldes weit besser, wenn demselben kein Zwangskurs zugeschrieben wird. — Der zweite Satz des Artikels ist neu hinzugekommen und entspricht einem wirklichen Bedürfniss. Es ist ein Satz ächtverstandener „aequitas“: ein Kaufmann soll soviel kollegialische Rücksicht gegen seinen Schuldner üben, dass er Banknoten und Papiergeld, die ihm zugesandt worden sind, nicht wieder mit Kosten retour sendet und besonders wenn ihr Kurs im Fallen begriffen ist, sondern dass er im Interesse seines Schuldners die empfangenen Papiere bestmöglich verwerthet.

Zinsen.

Was die Verzugszinsen betrifft, so ist auch hier dem französischen Rechte Rechnung getragen. Das Zürcher Gesetz (§ 958) lässt zwar den Verzugszins auch von der Mahnung an laufen, anerkennt aber den Grundsatz: „Dies interpellat pro homine“, d. h. der bestimmte Zahlungstermin vertritt die Mahnung. Ebenso wird nach dem Solothurner Gesetz (§ 1002)

jede Geldansprache, zu deren Bezahlung ein bestimmter Tag festgesetzt ist, in der Regel vom Verfalltage an zinsbar. Bei Ansprachen dagegen, deren Verfalltag mit der Forderung des Gläubigers eintritt, läuft der Zins erst von der Betreibung an, und auch dies bloss bei Summen von wenigstens 145 Franken. Im Bündner Gesetz (§ 340) läuft der Verzugszins bei Forderungen mit bestimmtem Termin vom Tage der Fälligkeit; bei Forderungen, für deren Erfüllung keine Zeit festgesetzt wurde, beginnt der Verzug mit dem Tage der Mahnung. Aber auch für diesen Fall ist die kaufmännische Uebung, welche den Tag der Fälligkeit bestimmt, ausdrücklich vorbehalten.

Weniger streng sind die Gesetzesvorschriften der französischen Schweiz. Der Code civil de la république et canton Neuchatel vom Jahre 1855 sagt in Art. 919: „Le debiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention…“ Das Civilgesetzbuch des Kantons Wallis von 1854 schreibt sogar vor, dass die Verzugszinsen erst vom Tage der gerichtlichen Klage geschuldet werden, ausser in den Fällen, wo diese Zinse kraft des Gesetzes von Rechtswegen zu laufen anfangen (Art. 1036).

Der Code civil français (Art. 1153) endlich bestimmt in gleicher Weise, dass Verzugszinsen „ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit.“ Diese Ausnahme bezieht sich im Handelsrecht auf den Rückgriff wegen Nichtbezahlung eines Wechsels.

Der schweiz. Entwurf nun hat gesucht, unter Schonung des mildern Systems dennoch die strenge

Regel da anzuwenden, wo sie ohne Zweifel in der Natur der Sache und in der Intention der Parteien liegt, d. h. eben unter Kaufleuten, für die das Kapital nie ein ruhendes, sondern stets in Bewegung begriffenes, fruchttragendes ist, während dies bei Privatleuten nicht im selben Maasse der Fall ist. Wir fordern, dass Gläubiger und Schuldner Kaufleute sind. Ist der Gläubiger kein Kaufmann, so passt das angedeutete Motiv nicht. Ist aber der Schuldner kein Kaufmann, so soll er billigerweise nicht mit der Strenge des Grundsatzes: „dies interpellat pro homine" behandelt werden, sondern beanspruchen dürfen, dass man ihn erst zur Zahlung mahne. Es könnte sich noch der Zweifel geltend machen, ob hier bloss von den Kaufleuten mit Bezug auf ihren Gewerbebetrieb die Rede ist oder ganz allgemein. Die Bestimmung des Art. 222 ist allgemein gehalten und soll darum auch so verstanden werden; damit ist auch die Anwendung derselben im einzelnen Falle viel einfacher und leichter.

Wir stimmen in dieser Frage in der Hauptsache mit dem deutschen Gesetz (Art. 288) überein. Dagegen unterscheidet dieses, ob Einer aus einem Geschäft, „welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist," eine fällige Forderung hat, oder ob es Kaufleute unter einander sind „in beiderseitigen Handelsgeschäften." Wie kann aber ein Darleiher von Geld wissen, ob der Andere mit seiner Geldaufnahme ein Handelsgeschäft beabsichtigt?! Dagegen kann er sehr leicht wissen, ob er ein Kaufmann ist.

Was die Zinsforderung aus einem Contocurrentverhältnisse betrifft, so beschränken wir unsere Be-

stimmung nicht, wie das deutsche Gesetz (Art. 291), auf Kaufleute unter einander, sondern wir sprechen von jedem Kontocurrent; es ist ja häufig, dass auch Nichtkaufleute in einem solchen Verhältnisse stehen. Vom Kontocurrentabschluss an laufen auch Zinseszinsen; im Uebrigen ist aber das Verbot von solchen im Entwurf nicht ausgeschlossen und auch nicht wiederholt, sondern der Kantonalgesetzgebung überlassen.

Am bedeutungsvollsten ist hier endlich die Frage über die Höhe des vertragsmässigen Zinsfusses.

Es ist schon oft dargestellt worden, wie die Beschränkung des Zinsfusses, selbst ein Irrthum, aus einem ältern und viel grössern Irrthum, dem kanonischen Zinsverbot, hervorgegangen ist. Von Seite der Nationalökonomen ist es kaum mehr bestritten, dass ein Maximum des vertragsmässigen Zinses dem ganzen heutigen Kreditwesen in vollem Maasse widerspricht und es muss nur Verwunderung erregen, wie sich die Wucherbestimmungen fast unangefochten bis in die neueste Zeit fortgeschleppt haben. In den schweizerischen Kantonen bestehen sie fast überall und selbst in den neuesten Gesetzbüchern. Das Walliser Gesetzbuch von 1854 hat noch ganz ausnahmslos ein Zinsmaximum von 5 % (Art. 1692). Das Aargauer Civilgesetz vom Jahre 1855 (§ 659) setzt ebenso 5 % fest; jedoch können Handelsleute unter sich für die aus ihren Handelsgeschäften entstandenen Forderungen einen Zins bis auf 6 % berechnen. Nach dem Solothurner Gesetz (§ 1013) in der Regel 5 %; jedoch können Handelsleute und Fabrikanten 6 % versprechen. Im Berner Civilrecht ist das gewöhnliche Maximum auch 5 %; dagegen können Handelsleute und Fabrikanten für unversicherte Forderungen, die von Berufsgeschäften herrühren, einen

Zins von 6 % ausbedingen. In der Basler Stadt-Gerichts-Ordnung von 1719 ist das Zinsmaximum bei Pfändern auf 5 % und ohne Pfänder auf 6 % bestimmt. Im Kanton Zürich ist ein Zinsmaximum erst durch das Wuchergesetz von 1839 aufgestellt worden. Das Zürcher Civilgesetz von 1855 hat nun zwar die Bestimmungen des Gesetzes nicht in sich aufgenommen, dieselben aber auch nicht aufgehoben. Man hat sie nicht als privatrechtliche, sondern als polizeiliche Normen angesehen und darum übergangen.

Die Kantone, welche dagegen das System des Zinsmaximums aufgehoben haben, sind Neuenburg, Genf und Bünden.

Der neuenburgische Code civil (1855) sagt: „L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le probibe pas.“ (Art. 1529.)

Das Genfer Gesetz vom 7. Februar 1857 „sur le taux de l'intérêt“ schreibt vor: „La loi du 3 septembre 1807, portant modification de l'art 1907 du code civil, est abrogée; en conséquence, l'art 1907 reprend force de loi.“ Dieser Art. 1907 ist aber kein anderer, als der Art. 1529 des Neuenburger Gesetzes, gleichlautend mit dem Art. 1907 des Code civil français.

Endlich hat auch das Bündner Gesetz durch sein Stillschweigen das Zinsmaximum aufgehoben und der Redaktor desselben, Dr. P. C. Planta verurtheilt dasselbe in der Anmerkung zu § 436 sehr entschieden: „Diese Bestimmungen, die lediglich den Zweck haben, den Schuldner gegen Wucher zu schützen, müssen als unhaltbar und illusorisch und mitunter sogar als ungerecht und widersinnig erklärt werden. Im Lichte der

heutigen Volkswirthschaft verschwindet überhaupt der mittelalterliche Begriff von Wucher. Die Begriffe von Wucher sind übrigens in unsern Standesbehörden in den Jahren 1854 und 1858 bei Anlass zweier Polizeigesetzentwürfe so gründlich verurtheilt worden, dass man sich der Mühe überheben mag, die Weglassung aller dahin einschlagenden Inhibitionen aus diesem Gesetze weiter zu rechtfertigen."

Im Auslande finden wir das Zinsmaximum abgeschafft in England, Würtemberg, Oldenburg, Sachsen-Koburg, Bremen. In Bremen galten bis zum Dezember 1857 die gemeinrechtlichen Zinsbeschränkungen. Dann erfolgte eine Suspension der Beschränkungen des vertragsmässigen Zinssatzes bis zum 31. Dezember 1858 und nach diesem Probejahr wurde ohne Widerspruch, sogar ohne Diskussion die definitive Aufhebung aller genannten Beschränkungen, also nicht bloss für den kaufmännischen Verkehr, beschlossen. Es war wie bei einer überreifen Frucht, die bei der leisesten Berührung vom Baume fällt.

Endlich hat auch das deutsche Handelsgesetz bestimmt, dass bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und bei Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften auch höhere Zinsen als sechs vom hundert jährlich bedungen werden können. Dieses Gesetz konnte nicht weiter gehen, da das Nichtkaufmännische ausser seinem Bereiche gelegen ist.

Der schweiz. Entwurf (Art. 225) hat sich in derselben Beschränkung gehalten, wie das deutsche Gesetz; er hätte aber bei seinem allgemein-civilrechtlichen Karakter weiter gehen können, als das letztere. Er hat es nicht gethan, um durch den grossen Sprung von der patriarchalischen Fürsorglichkeit der Wuchergesetze in

System der Freiheit des Geldverkehrs nicht zu erschrecken. Wir unsrerseits hätten es vorgezogen, die Zinsbeschränkungen mit einem Schlage aufzuheben und halten dafür, dass es eine nicht motivirte Ungleichheit ist, in Zeiten der Geldtheure dem Kapitalisten nur zu gestatten, einem Kaufmann, nicht aber auch einem Handwerker zu hohen Zinsen Geld darzuleihen, den Kapitalisten im letzteren Falle einen Wucherer zu heissen, im ersteren aber nicht. Dagegen hat die Kommission gefürchtet, mit einer vollständigen Aufhebung der Zinsmaxima besonders in agrikolen Kantonen noch auf zu grossen Widerspruch zu stossen und damit den ganzen Entwurf zu gefährden und erwartet, dass das einmal für kaufmännische Beziehungen ausgesprochene Prinzip rasch in die kantonalen Gesetzgebungen eindringen und auch für den civilrechtlichen Verkehr sich Geltung verschaffen wird. Dafür bürgt allerdings die innere Wahrheit des Prinzips.

Der Preis für den Kauf, wie für die Benutzung einer Sache gehorcht dem Verhältniss von Angebot und Nachfrage. Was aber für anderes Kapital gilt, ist eben so wahr für das *Geld*. Für den *Verkauf* von Geldsorten gilt auch jenes Prinzip ohne Schranken; denn der Kurs derselben ist frei und darum wechselnd. Warum nicht auch für die *Benutzung* von Geld? Statt nun auch hier jenes einfache und wahre Prinzip walten zu lassen, ist ihm durch die Wuchergesetze ein unnatürlicher Zwang angethan worden. Und wofür? Man glaubt den Schuldner zu schirmen. In Wahrheit thut man ihm aber einen schlechten Dienst. Es ist doch sehr einfach, dass man in Zeiten der Geldklemme den Kapitalisten in die Lage setzt, entweder zum Wucherer zu werden und in diesem Falle wird er das Risiko der (Wucherstaaten) das

(Wucherstrafe)

er übernimmt, auf den Zins schlagen, oder aber sein Geld zum Schaden der Kapitalsbedürftigen in den Kisten zu behalten. Oder hat je ein Gesetz über Beschränkungen des Zinsfusses verhindern können, dass Unvorsichtige in die Hände von Wucherern gerathen? Ebenso wenig, als ein Gesetz über die Beschränkung von Heirathen verhindern kann, dass viele uneheliche Kinder gezeugt werden. Wenn das Gesetz durch Zinsmaxima, die dem wahren Geldpreise nicht entsprechen, das ehrliche Darlehensgeschäft unmöglich macht, so jagt es die armen Schuldner den geraden Weg den Wucherern in die Arme, und solche hat es schon gegeben, als ihnen die Kirche das Abendmahl und ein christliches Begräbniss versagte, und wird es trotz Wuchergesetzen in alle Zukunft geben.

Wir können uns hier nicht versagen, in dieser prinzipiellen Frage die folgenden trefflichen Worte von Buckle aus seiner „Geschichte der Civilisation in England“ anzuführen: „Wir haben gesehen, schreibt er, dass die Gesetze für die Industrie ihr nur Schaden gethan haben, dass die Gesetze für die Religion die Heuchelei vermehrt und die Gesetze zur Ermittlung der Wahrheit den Meineid befördert haben. Gerade auf dieselbe Weise hat jedes Land Schritte gethan, um den Wucher zu verhüten und den Zins vom Geld niederzuhalten, und immer ist die Wirkung davon gewesen, den Wucher zu vermehren und den Zins in die Höhe zu treiben. Denn da kein Verbot, wenn es auch noch so streng ist, das natürliche Verhältniss zwischen Nachfrage und Angebot zerstören kann, so folgte, dass beide Theile sicherlich Mittel und Wege fanden, ein Gesetz zu umgehen, das sich in ihre gegenseitigen Rechte einmischt. Ueberliesse man es den beiden Parteien, ihren Handel ungestört zu machen, so

würde der Wucher von den Umständen des Anlehens abhängen, z. B. von dem Grade der Sicherheit und von der Wahrscheinlichkeit des Wiederbezahlens. Aber dieses natürliche Uebereinkommen wird durch die Einmischung der Regierung verwickelt. Da die immer eine gewisse Gefahr laufen, die dem Gesetze ungehorsam werden, so wird der Wucherer natürlich sein Geld nicht ausleihen wollen, wenn er nicht für die Gefahr entschädigt wird, die ihm das Gesetz droht. Diese Entschädigung kann nur Der gewähren, der von ihm borgt, und muss so in Wahrheit einen doppelten Zins zahlen, einen für die natürliche Gefahr des Anlehens und den andern für die Gefahr, die durch das Gesetz hinzukommt. Man hat Gesetze gegeben, welche die Leute zu übertreten gezwungen sind, und die Strafe für diese Uebertretung fällt auf Den, der borgt, d. h. gerade auf die Klasse, zu deren Gunsten der Gesetzgeber sich einmischte.«

Indossable Verpflichtungen, Konossemente etc.

(Art. 228 u. f.)

Die kaufmännische Usanz hat ausser der Tratte, dem eigenen Wechsel und der Anweisung noch andere an Ordre lautende Papiere anerkannt und ihnen Indossabilität zugeschrieben. Es hat das deutsche Handelsgesetz das Verdienst, dieser Verkehrserscheinung zum ersten Mal gebührende Rechnung getragen zu haben. Es soll z. B. der Titel, in welchem sich der Schuldner einseitig verpflichtet, 100 Malter Weizen oder 100 Fass Spiritus zu liefern, an Ordre gestellt und in diesem Fall wechselähn-

lich indossirt werden können. Damit hat das Gesetz nichts Neues geschaffen, sondern Bestehendes anerkannt und regulirt. Und es ist durchaus nothwendig, dass das Letztere geschehe. Denn das Indossament ist dem Civilrecht völlig unbekannt. Die zahlreichen Fälle der Indossabilität jener Scheine müssen ausdrücklich anerkannt werden, wenn man nicht Gefahr laufen will, dass die Gerichte die Indossabilität versagen, wodurch das Interesse des Handelsverkehrs empfindlich verletzt würde. (Nürnberger Protokoll, pag. 554.)

Unsere erste Frage muss dahin lauten, welche Bedeutung das Indossament solcher Verpflichtungsscheine hat. Dasselbe ist zum voraus formeller Natur: Die Uebertragung solcher Ordrepapiere bedarf nicht der Formen der Cession, sondern geniesst der Leichtigkeit der Indossirung. Das Indossament ist seiner Form nach kein anderes, als das eines Wechsels und namentlich ist hier auch das Blankoindossament zugelassen.

Wichtiger aber ist die materielle Bedeutung des Indossaments: der Indossatar unseres Ordrepapiers wird durch das Indossament zum selbstständigen Gläubiger mit ursprünglichen Rechten, die ihm so selbstständig zustehen, dass er sie nicht aus dem Rechte eines Vorgängers herzuleiten braucht. Daraus ist der Satz des Art. 230 entstanden, nach welchem der Verpflichtete sich nur solcher Einreden bedienen kann, welche ihm nach Maassgabe der Urkunde selbst oder unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Damit sind namentlich alle Einreden „ex persona indossantis“ definitiv ausgeschlossen und die Sicherheit des Titelinhabers ungemein erhöht. Für das heutige Bedürfniss reichen die Regeln der Cession nicht

mehr aus. Das Verhältniss des Cessionars zum Cedenten und zum debitor cessus ist so zweideutiger Natur, dass von einer Zuverlässigkeit kaum unter Anwesenden, geschweige denn unter weit Entfernten die Rede sein kann. Der gesteigerte Verkehr verlangt eine auf jede Entfernung hin, ohne Personalkenntniss mögliche und doch sichere Uebertragbarkeit von Rechten und Ansprüchen. Nun aber hat die mobile Uebertragbarkeit nur dann einen Werth, wenn der Anspruch von jedem legitimirten Inhaber realisirt werden kann, ohne allen möglichen Einreden aus der Person des Indossanten zu begegnen. (Endemann, Bemerkungen zu dem Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs. Erlangen 1858.)

Dabei ist nun aber wohl zu beachten, dass wir im Ausschluss von Einreden nicht so weit gehen, wie für den Wechsel (Art. 436). Es handelt sich beim Wechsel nicht bloss darum, jedem Inhaber ein selbstständiges, von den Vorgängern unabhängiges Recht zu geben, sondern den Wechsel selbst von allen ihm zu Grunde liegenden oder ihn umgebenden Rechtsverhältnissen loszulösen und dadurch aus demselben einen Titel zu machen, der durch seine Form getragen ist und Werth hat. Darum ist beim Wechsel namentlich auch die Einrede der Kompensation, selbst wenn sie der Wechselschuldner direkt gegenüber dem Wechselgläubiger besitzt, ausgeschlossen. Bei den Ordrepapieren dagegen, die wir hier behandeln, soll nur ein jeder rechtmässige Inhaber ein Recht für sich, das von frühern Rechten Anderer unabhängig ist, erhalten und darum würde denn hier die Einrede der Kompensation, welche der Schuldner des Titels unmittelbar gegen den Gläubiger hat, mit Erfolg geltend gemacht werden können.

Daran schliesst sich die Frage, ob dem Indossamente von indossablen Ordrepapieren auch eine Wirkung in Betreff des Regresses eingeräumt werden müsse, wie dies beim Wechsel und der Anweisung der Fall ist. Mit Recht wurde in Nürnberg auch diese Frage verneint und wir verweisen, was die Begründung angeht, auf die bezüglichen Protokolle. Ein Bedürfniss liegt allerdings nicht vor. Wer ein Papier will, das ihm einen wechselmässigen und besonders auch springenden Regress ertheile, kann sich einen Wechsel verschaffen, und das gilt noch mehr für den schweizerischen Entwurf, da derselbe ausser dem Wechsel auch die „Anweisung" als einen mit dem Wechselregress ausgerüsteten Titel ausdrücklich anerkannt hat. Mit Recht würde man sich fragen, was denn die strenge Form von Wechsel und Anweisung noch zu bedeuten hat, wenn beliebigen andern Ordrepapieren dieselben Wirkungen zugeschrieben werden.

Es soll nach den bisherigen Ausführungen die Wirkung der Indossabilität von Verpflichtungsscheinen nicht über das reelle Bedürfniss des Verkehrs ausgedehnt werden. Dagegen scheuen wir uns dann auch um so weniger, die Indossabilität auch auf Verpflichtungsscheine von Nichtkaufleuten anzuwenden. Das deutsche Gesetz beschränkt seine Bestimmungen auf Verpflichtungsscheine, „die von Kaufleuten ausgestellt sind", hat aber nicht gut daran gethan. Wie soll man demjenigen, der ein solches Papier erwerben will, zumuthen, zu wissen, ob der vielleicht entfernt wohnende Aussteller ein Kaufmann sei. Und wenn der Aussteller ein Kaufmann sein muss, warum denn nicht mit dem gleichen Grunde auch die spätern Indossanten? Allerdings zeigt sich das Bedürfniss nach solchen Papieren vorzugsweise im handelsmännischen Verkehr und wird auch nicht leicht über diesen

hinausgehen. Allein wenn er es thut, so ist die Gefahr dabei nicht gross. Die Form ist durch die Ordreklausel leicht erkennbar. Nicht Protest, kein springender Regress, nicht Verlust des Regresses wegen Verabsäumung von Förmlichkeiten, kein Akzept und kein Regress wegen Mangels an demselben, während der Wechsel alle diese strengen Folgen selbst dann hat, wenn er von einem Nichtkaufmann ausgestellt wird.

Ueberdiess ist es vielleicht gerade das Verhältniss zu dem Wechsel, das unserem nicht wechselrechtlichen Ordrepapiere, wenn es auch von Nichtkaufleuten ausgestellt werden darf, eine besondere und wohlthätige Aufgabe zuscheiden könnte. Diese würde darin bestehen, die Fälle, wo man die Schärfe der Wechselwirkungen zu bedauern in den Fall kömmt, zu vermindern, indem manch' ein Gläubiger keinen Wechsel verlangt, wenn er ein indossables Ordrepapier ausgestellt erhält. Dazu ist es aber eben nöthig, dass es auch von Nichtkaufleuten geschehen kann.

Auch Goldschmidt spricht sich gegen die Beschränkung auf Kaufleute aus. (Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Band III, Beilageheft pag. 87).

Was endlich die Forderung des schweizerischen Entwurfs betrifft, dass in dem indossabeln Verpflichtungsschein die Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, so stimmt der Entwurf hier mit dem deutschen Gesetz überein. Es wurde in Nürnberg (Protokoll pag. 561) richtig hervorgehoben, eine Anwendung des Indossaments auf zweiseitige Vertragsurkunden widerstrebe zu sehr der rechtlichen Natur dieser Verträge, als dass man sie für zulässig erachten könne. Der Umstand, dass die Begeb-

barkeit der Urkunden über zweiseitige Geschäfte, wo sie im Verkehre vorgekommen sei, zu vielen Prozessen geführt habe, sei ein beachtenswerthes Zeugniss für die Unhaltbarkeit eines solchen Verfahrens. Die in Schlesien für den Wollhandel eingeführte Uebung, die Urkunden über Geschäfte, für welche man ein indossables Papier zu haben wünsche, doppelt und bedingungsweise auszustellen, sei der einfachste Weg, einem allfälligen Bedürfnisse in dieser Richtung abzuhelfen.

Von der Anweisung an Ordre spricht der Entwurf hier darum nicht, weil von derselben als einem wechselähnlichen Papier im 6. Titel, 3. Abschnitt im Besondern gehandelt wird.

Die Konossemente der Seeschiffer sind bezüglich der Indossabilität den besprochenen Verpflichtungsscheinen gleichgestellt. Der Seeschiffer verpflichtet sich darin zur Ablieferung des Guts an den Destinatär oder dessen Ordre.

Ein ähnliches, aber praktisch noch wenig verbreitetes Institut ist ein dem Konnossemente ähnlicher Schein für den Transport zu Lande und auf dem Wasser ausser der See. Das deutsche Gesetz nennt ihn Ladeschein des Frachtführers; man spricht auch von einem Konnossement des Flussschiffers. Es findet sich in den Protokollen von Nürnberg (pag. 446 u. f., 4767 u. f.) eine sehr lehrreiche Diskussion über die Zulassung von solchen Ordrepapieren. Es geht aus derselben hervor, dass ein Bedürfniss nach Anerkennung des Ladescheines als negotiables Papier, um dem Empfänger der Ladung die Möglichkeit zu gewähren, mit Leichtigkeit schon während dem Transporte über dieselbe zu verfügen, allgemein anerkannt wurde. Die betreffenden Ladungen sind oft ziemlich lange auf dem Transport und

oft hat der Empfänger gerade in dieser Zeit die beste Gelegenheit zum weitern Umsatz der Waare. An verschiedenen Orten werden selbst die Recepisse der Eisenbahnen durch Indossament übertragen und in dieser Weise über die Waaren vor ihrer Ankunft verfügt. Es wäre aber nicht bloss ein persönlicher, sondern ein volkswirthschaftlicher Verlust, wenn der Eigenthümer einer Ladung während der Dauer des Transportes über den Werth derselben nicht verfügen könnte. Eine handelsrechtliche Legislation, welche derartigen Bedürfnissen keine Rechnung trage, die Nutzbarmachung und den Umsatz von Kapitalien hindere, würde den Gang und die berechtigten Forderungen des heutigen Verkehrs verkennen. Der Ladeschein sei auch keineswegs ein neues Institut, welches zum ersten Male in das Leben eingeführt werden soll, sondern existire wenigstens bei Transporten auf Binnengewässern in grosser Ausdehnung schon seit langer Zeit, wenn auch oft unter einem andern Namen.

Wir haben diese Motive etwas eingehender erwähnt, weil sie auch später beim Transportvertrag wieder Bedeutung haben. Das deutsche Gesetz behandelt nämlich in den Art. 413 bis 417 den Ladeschein wie ein ausgebildetes Institut, während der schweizerische Entwurf desselben nur Erwähnung thut (Art. 290). Die angeführten Motive verlieren, auf unsere kleinern schweizerischen Verhältnisse angewandt, offenbar viel von ihrer Bedeutung; es ist uns denn auch nicht bekannt, dass in unserem Lande der Ladeschein sich praktisch ausgebildet hätte und dies ist für den in Deutschland häufigsten Fall des lange dauernden Flusstransportes auch leicht begreiflich. Dagegen hindert dies durchaus nicht, für den Fall des Vorkommens auch in unserem Entwurf solche

den Konnossementen ähnliche Verpflichtungsscheine der Frachtführer als indossable Ordrepapiere anzuerkennen. (Art. 229.)

Die Bodmereibriefe und Seeassekuranzpolicen gehören dem Seerechte an, das der Schweiz fern liegt, ohne dass aber bei den vielen überseeischen Beziehungen unsrer Kaufleute die Anwendung des in Art. 229 ausgesprochenen Grundsatzes der Indossabilität sehr fern läge.

Die Lagerscheine und Warrants haben im siebenten Titel des dritten Buches eine eingehende Bearbeitung gefunden und bleiben darum hier unerwähnt.

Das Papier auf den Inhaber.

(Art. 232 und 233.)

Ganz analog mit dem indossabeln Papier wird hier, was das Verhältniss des Schuldners zum jetzigen Gläubiger betrifft, auch das Papier auf den Inhaber behandelt. Das Zürcher Gesetz (Art. 1105) geht freilich im Ausschluss von Einreden des Ausstellers des Inhaberpapiers weiter, als unser Entwurf, indem es vorschreibt, der Schuldner sei zur Bezahlung verpflichtet, ohne Rücksicht auf seine anderweitigen Verhältnisse, sei es zu frühern Besitzern der Schuldurkunde, sei es zu dem gegenwärtigen Inhaber. Auch diesem gegenüber sei die Einrede der Kompensation nicht zulässig. Der schweizerische Entwurf dagegen

(Art. 232) schliesst die Einreden, die der Schuldner direkt dem Gläubiger gegenüber hat und also namentlich die der Kompensation nicht aus. Die Kommission hat gefunden, dass es nicht billig sei, den Aussteller eines Inhaberpapiers zu zwingen, dem Inhaber eines solchen, an den er selbst eine Forderung hat, eine Zahlung zu leisten. Allerdings passt diese Anschauung sehr wenig zu Natur und Wesen einer Banknote, die nur eine einzige Stufe vom Papiergeld entfernt ist. Allein darauf ist ohne Bedenken erwiedert worden, dass es trotz unserm Art. 232 keiner Bank je einfallen werde, einem Träger einer Banknote gegenüber die Kompensation vorzuschützen. Praktisch also sei die Bestimmung bloss für einzelne Geldschuldscheine auf den Inhaber von Wichtigkeit und hier auch gerechtfertigt.

Der schweizerische Entwurf schliesst die Einreden aus, welche der Schuldner aus Verhältnissen zu frühern Besitzern des Papiers herleiten könnte. Der Gläubiger hat also durch den Besitz des Papiers ein ursprüngliches, nicht abgeleitetes Recht auf die Bezahlung und mit diesem Grundgedanken stimmt nun auch die zweite Bestimmung unsers Entwurfs, wonach der Schuldner weder berechtigt, noch verpflichtet ist, den Nachweis darüber zu fordern, in welcher Weise der Inhaber des Papiers in den Besitz desselben gekommen sei. Der Schuldner darf die Zahlung nicht verweigern, weil er Verdacht hat, dass er an einen Dieb bezahlen soll; umgekehrt wird er aber auch für eine Zahlung unter diesen Umständen nicht verantwortlich gemacht. Wir stimmen hier überein mit den Bestimmungen des Zürcher Gesetzes (§ 1104) und ebenso mit dem Bernischen Gesetz über Aktiengesellschaften (Art. 22). Die persönliche und forderungsrechtliche Natur des Verhältnisses

tritt durch Ausstellung eines Inhaberpapiers zurück. Dasselbe kann in jede beliebige Hand übergehen und diese wieder verlassen, ohne dass ein Kennzeichen davon zurückbleibt. Das persönliche Verhältniss zwischen Abtreter und Erwerber des Papiers ist für den Schuldner etwas Fremdes, weil es der Natur der Sache nach einem Dritten und so auch dem Schuldner nicht bekannt sein kann. Jene Abtretung hat keine äussere Form, die dem Papier selbst anklebt, sondern äusserlich, den Dritten erkennbar ist nur der Besitz der Urkunde und auf diesen muss es daher ankommen. Die Oeffentlichkeit, die untrügerische Erkennbarkeit ist auch hier die Bedingung des Kredits. Ohne jenen Grundsatz wäre das Inhaberpapier nicht im Stande, die grosse Aufgabe zu erfüllen, die ihm heutzutage zukommt.

Vindikation von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren.

(Art. 234 bis 237.)

Die Zeit theoretischer Erörterungen über Zulassung oder Ausschliessung der Vindikation von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren ist vorbei. Das Rechtsbewusstsein des verkehrtreibenden Publikums wendet sich immer deutlicher und entschiedener dem Grundsatz der Nicht-Vindikabilität zu und übt einen sichtbaren Druck auf die Legislation aus. Von Jahr zu Jahr mehren sich die Gesetze, welche das alte römische und gemeinrecht-

liche Prinzip der Vindikation verlassen und das neue, dem Verkehr viel günstigere Prinzip proklamiren.

Wir erinnern an deutsche Partikulargesetze in Preussen, Oesterreich, Sachsen, Sachsen-Weimar, Bayern, Kurhessen, Frankfurt a. M., Würtemberg, Hannover, Altenburg, Koburg, Gotha u. a. m. In allen diesen Staaten haben gesetzliche Beschränkungen der Vindikation stattgehabt. Endlich hat nun auch das neue deutsche Handelsgesetz (Art. 306 bis 308) sowohl für bewegliche Sachen, als für Inhaberpapiere die Vindikation zu einem grossen Theile ausgeschlossen und den gutgläubigen Besitz geschützt.

Einen sehr wichtigen Vorgang bildet schon im Anfange dieses Jahrhunderts der französische Code civil mit seinem Prinzip: „En fait de meubles, la possession vaut titre“ (Art. 2279 und 2280). Dieser Satz ist denn auch in alle der französischen nachgebildete Gesetzgebungen übergegangen.

In England gilt die Regel, dass Niemand das Eigenthum eines Andern, von dem er keine Vollmacht zum Verkaufe erhalten hat, veräussern kann. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze besteht jedoch für den Verkauf von Waaren auf offenem Markte und nach Blackstone gilt in London jeder Tag (ausgenommen Sonntag) als Markttag und jeder Kramladen als Marktplatz, vorausgesetzt, dass der Kauf in denjenigen Räumlichkeiten abgeschlossen worden sei, die für solche Geschäfte bestimmt sind und Jedermann offen stehen.

In der Schweiz sind die Kantone der Westschweiz dem französischen Systeme gefolgt. In Genf und dem Bernischen Jura gilt der französische

Code civil selbst. Das Civilgesetz des Kantons Waadt (Art. 1681 u. f.) stimmt wörtlich mit demselben überein, und es ist also die Vindikation nur für gestohlne und verlorne Sachen zugelassen. Im Civilgesetzbuch des Kantons Wallis (Art. 2030 und 2031) steht folgende Bestimmung: „Bei Fahrnissen gilt der Besitz als Urkunde, wenn nicht erwiesen wird, dass der Inhaber der Sache, dessen Erbe er ist, solche von dem Beansprecher oder dessen Rechthabendem unter einem vorübergehenden Titel erhalten habe; und wenn es sich nicht etwa von einer gestohlnen oder verlornen Sache handelt.“ In Diebstahls- und Verlustfällen sodann ist die Vindikation während drei Jahren zugelassen, wie im französischen Code und endlich ist wie in diesem eine Ausnahme davon gemacht für Sachen, die der jetzige Besitzer auf einem Markte oder auf einer Messe oder in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem Krämer gekauft hat, welcher dergleichen „Dinge“ verkauft; der ursprüngliche Eigenthümer soll da nämlich nicht vindiziren können, ohne dem Besitzer den Preis, den es ihn gekostet hat, zu erstatten.

Im Code civil von Neuenburg (Art. 1823 und 1824) herrscht ebenfalls der Grundsatz: „En fait de meubles, la possession vaut titre“; aber auch hier ist die Vindikation der verlornen und gestohlnen Sachen vorbehalten, für jene während 4 Jahren, für diese bis zur Verjährung der öffentlichen Diebstahlsklage.

Das freiburgische Civilgesetz (§ 539) schliesst zwar die Vindikation von anvertrauten Mobilien nicht grundsätzlich aus; es ist aber der gutgläubige Erwerber nur dann zur Herausgabe verpflichtet, wenn ihm der bezahlte Kaufspreis erstattet wird.

Auch das Zürcher Privatrecht (§§ 651 u. f.)

folgt der deutschrechtlichen Auffassung vom anvertrauten Gut. Für solches mag der ursprüngliche Eigenthümer seinen Glauben da suchen, wo er ihn gelassen hat; eine dingliche Klage gegen einen spätern redlichen Erwerber hat er nur, wenn er bereit ist, den auf den Erwerb verwendeten Preis zu ersetzen. Sachen dagegen, welche gegen den Willen des Eigenthümers aus seinem Besitze gekommen, also namentlich entwendet worden sind, können in der Regel in Jedes Hand ohne Ersatz des Preises vindizirt werden und davon sind nur ausgenommen „Sachen, welche auf öffentlichen und amtlich geleiteten Versteigerungen oder auf öffentlichen Märkten bei einer Marktbude von dem mit derlei handelnden Kaufmann oder Krämer gekauft werden.“

Das bürgerliche Gesetzbuch des Kantons Luzern von 1831 (§§ 256 u. f.) schliesst die Eigenthumsklage gegen den redlichen Erwerber von anvertrautem Gut aus und schreibt demselben ausdrücklich das Eigenthumsrecht zu. Als unredlich wird aber auch Jeder angesehen, der aus irgend einem Grunde Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen können.

Das Solothurner Civilgesetz (§§ 745 bis 747) folgt dagegen wieder mehr dem französischen Rechte, nach welchem es nicht auf die Redlichkeit des Besitzes ankommen soll. Die Vindikation haben nur der bestohlene Eigenthümer und derjenige, der eine Sache verloren hat und auch diese haben sie nicht für Geld, für Titel au porteur und für Sachen, welche durch Steigerung erworben worden sind.

Das Bündner Civilgesetzbuch (§ 218), die jüngste schweizerische Codifikation, unterscheidet nicht zwischen

anvertrautem und gestohlnem oder verlornem Gut. Die Eigenthumsklage ist im Allgemeinen zugegeben; dagegen „kann nur gegen Herausgabe beweglicher Sachen, die auf einer öffentlich ausgekündigten und amtlich geleiteten Versteigerung oder von einem öffentlich mit Waaren dieser Gattung, sei es in einer Marktbude, sei es in einem ständigen Magazin handelnden Kaufmann, oder einem patentirten Hausirer gekauft wurden, der Ersatz des dafür bezahlten Preises verlangt werden."

Basel-Stadt, das in einer erfreulichen Fortentwicklung seines Rechtes begriffen ist, hat auch hier durch sein Gesetz über Beschränkung der Vindikation von Mobilien vom 7. März 1864 einen bedeutenden Schritt vorwärts gethan. Die alte Gerichtsordnung von 1719 (§§ 330, 338 und 377) steht starr auf dem römischen Vindikationsprinzip: „.... dann da er ein gestohlen, geraubt oder sonsten veruntreutes Gut erkaufft, ist er von Rechtswegen schuldig, solches Gut demjenigen, so es kundlich oder beweisslich zugehöret, ohne Wiedererstattung des aussgegebenen Kauf-schillings zuzustellen; doch ist ihme seinen Regress an seinen Verkäufer zu suchen, ohnbenommen." Das neue Gesetz von 1864 dagegen ist nun sehr entschieden zum neuen System übergegangen und zwar entschiedener, als irgend ein anderes Gesetz, worauf wir noch zurückkommen werden.

Nur wenige Kantone sind auf dem römischen Vindikationssystem stehen geblieben, darunter Aargau, Bern, Tessin. Allein es zeigt sich auch in den beiden letztern der Einfluss des modernen Verkehrsrechtes.

Das Bernische Civilgesetz (Satz 409) lässt

die Vindikation von Mobilien uneingeschränkt zu. (Vergl. Leuenberger, Vorlesungen über das bernische Privatrecht, Band II, pag. 233 u. f.). Nun hat aber das Gesetz über Aktiengesellschaften von 1860 (Art. 22) für die Inhaberaktien das alte System verlassen: „Der wirkliche Besitzer eines solchen Papiers gilt als dessen rechtmässigen Eigenthümer. Vorbehalten ist bloss die Eigenthumsklage eines frühern Inhabers, sofern der Kläger beweist, dass ihm der Beklagte den Besitz des Papiers auf unredliche Weise entzogen habe und noch zur Zeit der Anstellung der Klage Inhaber des nämlichen Papiers sei.

Tessin hat zwar das römische Vindikationsprinzip, sucht aber die Gefahr, die darin für die Sicherheit des Verkehrs liegt, dadurch zu schwächen, dass für bewegliche Sachen schon nach 3 Jahren gutgläubigen Besitzes die Ersitzung eintritt. (Codice civile Art. 1212.)

Wir haben die schweizerischen Gesetze hier etwas aufmerksam Revue passiren lassen, einerseits, weil die Frage von Bedeutung und es wichtig ist, zu wissen, auf welche Seite sich das jetzige Rechtsbewusstsein und die dasselbe repräsentirende Legislation neigen. Unser Resultat ist nun ein sehr entschiedenes, da namentlich alle neuen Gesetze das ausschliessliche römische Vindikationsprinzip aufgegeben haben. Anderseits hat aber unsere Ueberschau von Neuem klar in's Licht gestellt, wie sehr das Verkehrsrecht einer Einheit bedarf und auch derselben fähig ist. Offenbar zeigt sich durch die ganze neuere Legislation in den Kantonen der Gedanke der Vindikationsbeschränkung zur Sicherung des Mobiliarverkehrs. Statt dass nun aber dieser Eine und selbe Rechtsgedanke

auch Einen und denselben Ausdruck findet, quält sich in jedem Kanton ein Redaktor ab, die ihm am besten zusagende Redaktion zu finden. Die Verschiedenheit einer Bestimmung von der entsprechenden im benachbarten Kanton ist eine rein zufällige und hängt mit einem besondern kantonalen Rechtsbewusstsein entfernt nicht zusammen. Das fatale Resultat ist aber, dass wir trotz eines einigen Rechtsbewusstseins dennoch viele bunte Gesetze haben, jedes wieder mit einem besondern Lappen, und anstatt der gesuchten Rechtssicherheit wird wieder neue Verwirrung gesäet.

Das eine Gesetz macht den Besitzer gleich zum Eigenthümer und schliesst die Vindikation aus; ein anderes gestattet die Vindikation, aber nur gegen Ersatz des ausgelegten Preises. Das eine Gesetz scheidet zwischen anvertrautem Gut und solchem, das wider Willen aus dem Besitz des Eigenthümers gekommen ist; ein anderes befreit von der Vindikation nur die gestohlnen, nicht aber auch die verlornen Sachen. Das eine Gesetz schliesst die Vindikation nur gegen den gutgläubigen Besitzer aus; ein anderes aber macht keinen Unterschied zwischen dem guten und bösen Glauben des Besitzers. Das eine Gesetz schliesst auch die Vindikation von verlornen und gestohlnen Sachen aus, wenn sie mit einer Art Oeffentlichkeit gekauft worden sind (Markt, Versteigerung etc.); ein anderes aber macht diesen Unterschied nicht. In dem einen Gesetz sind die Inhaberpapiere wie andere bewegliche Sachen behandelt; in einem andern dagegen ist die Vindikation der Inhaberpapiere gegenüber dem redlichen Erwerber ausnahmslos ausgeschlossen und endlich in einem dritten Gesetz sogar gegenüber dem unredlichen Erwerber.

Es sind dies Alles Variationen Eines und desselben Themas: auch der Mobiliarverkehr verlangt zu seiner Sicherheit der Oeffentlichkeit. Nun kann aber bei dem Reichthum und der Raschheit desselben kein Handelsregister und keine Eintragung helfen, sondern allein der Grundsatz, dass das äussere Faktum des Besitzes, welches greifbar, öffentlich ist, auch über das Recht entscheiden soll.

Dieser Grundsatz wird das Vertrauen im Mobiliarverkehr heben. Damit soll aber nur das Vertrauen dessen gemeint sein, der im ehrlichen Glauben ist. Die Anforderungen an den heutigen Verkehr, was die Sicherheit desselben, was den Kredit betrifft, sind so hoch gestellt, dass um ihretwillen das strikte Recht vielfach gebrochen wird; aber niemals soll dies zu Gunsten des Bösgläubigen geschehen. Denn wichtiger als alles Andere ist für den Kredit im Verkehr der Grundsatz von Treu und Glauben. Alle Kreditsätze sollen nicht über diesen Einen hinausgehen. Der Kredit verlangt, dass eine Eintragung in das Handelsregister Dritten gegenüber als wahr gelte, wenn auch ihr Inhalt an sich nicht wahr ist. Der Kredit verlangt, dass eine Prokura Dritten gegenüber ganz unbeschränkt gelte, wenn sie es auch an sich nicht ist. Allein diese beiden Sätze hören auf, wirksam zu sein, sobald erwiesen ist, dass die Dritten, welche durch dieselben geschützt werden sollten, Kenntniss des wahren Sachverhalts gehabt haben und also nicht „in bona fide“ gewesen sind. Und so soll in gleicher Weise auch der Schutz, welchen das Gesetz dem Verkehrsvertrauen zu lieb dem Erwerb und Besitz im Gegensatz zum ursprünglichen Recht angedeihen lässt, nur dem redlichen Erwerber zukommen,

und zwar mit Bezug nicht nur auf bewegliche Sachen überhaupt, sondern auch auf Inhaberpapiere.

Während der schweizerische Entwurf in dieser Beziehung von der französischen und westschweizerischen Gesetzgebung abweicht, stimmt er dagegen sonst mit dieser fast durchgehends überein. Regel ist, dass die Vindikation von beweglichen Sachen gänzlich ausgeschlossen ist, also im Gegensatz zum Zürcher Gesetz auch dann, wenn der Vindikant den verwendeten Preis zu ersetzen bereit ist. Eine Ausnahme davon besteht für die gestohlnen und verlornen Sachen; aber auch hier soll die Vindikation nur innert der Verjährungsfrist von 3 Jahren zugelassen sein. Von dieser Ausnahme bezüglich der gestohlnen und verlornen Sachen besteht nun aber wieder eine Ausnahme und damit eine theilweise Rückkehr zur Regel der Nicht-Vindikabilität und zwar für die Fälle, wo eine Sache auf einem Markt oder an einer Messe, an einer öffentlichen Versteigerung oder in einem ständigen und offenen Magazin gekauft worden ist; die Vindikation ist hier zwar nicht absolut ausgeschlossen, aber doch nur gegen Ersatz des verwendeten Preises zugelassen. Das ist der Inhalt des schweizerischen Entwurfes, entsprechend den Art. 2279 und 2280 des französischen Code civil.

Was nun die Vindikabilität der gestohlnen und verlornen Sachen betrifft, so hätten wir es vorgezogen, diese Ausnahme des französischen Rechts fallen zu lassen, um damit das Prinzip der Nicht-Vindikation ganz rein und zweifellos hinzustellen. Die Anwendung des Prinzips wäre sehr viel leichter geworden. Allein in dieser weit mehr, als in einer andern Frage ist es wichtig, dass der schweizerische Entwurf

mit den Gesetzgebungen der Nachbarländer übereinstimme und so wirkten ausser den vielen kantonal-schweizerischen Gesetzen allerdings auch das französische Gesetz und das deutsche Handelsgesetz (Art. 306, 4ter Satz) auf unsere Entschliessung bestimmend ein.

Einzig das neue Gesetz von Basel-Stadt (1864) gestattet die Vindikation nur für gestohlne, nicht aber auch für verlorne Sachen und der Bericht des dortigen Justizkollegiums sagt darüber: „Ebenso wenig schien es uns konsequent, die Vindikation auch auf den Eigenthümer einer verlornen Sache auszudehnen; denn, abgesehen von der Schwierigkeit des Beweises, ist doch immerhin die Schuld des Verlustes in erster Linie dem Eigenthümer zuzumessen und desshalb kein genügender Grund, den redlichen Besitzer ihm gegenüber zu benachtheiligen." So sehr wir auch der Ansicht huldigen, die Fälle der Vindikation so viel möglich zu verringern, so können wir doch der Trennung von gestohlnen und verlornen Sachen nicht beistimmen und zwar gerade um der von dem Justizkollegium hervorgehobenen Schwierigkeit des Beweises willen. Wie soll denn der Richter wissen können, ob eine Sache verloren oder gestohlen worden ist, während es in hundert Fällen sogar der verlustige Eigenthümer selbst nicht weiss und auch nicht wissen kann.

Auch in einer andern Beziehung weicht unser Entwurf vom Basler Gesetz ab, insofern nach jenem, nicht aber nach diesem sowohl gestohlne, als verlorne Sachen ohne Ersatz des verwendeten Preises nicht vindizirt werden können, wenn sie auf einem Markt, einer Messe, einer Versteigerung oder in einem ständigen und offenen Magazin gekauft wor-

den sind. Mit diesem Satz ist der solide Verkehr am allerwirksamsten geschützt. Der Code civil (Art. 2280) fügt auch noch bei: „d'un marchand vendant des choses pareilles." Wir haben aber diesen Passus gestrichen, um den besondern Schutz des Besitzes gegenüber dem ursprünglichen Eigenthum nicht auch demjenigen zu gewähren, welcher auf irgend eine verdächtige oder unvorsichtige Weise, wie z. B. von einem Hausirer gekauft hat. Anders verfügt § 218 des Bündner Gesetzes für den „patentirten Hausirer."

Die dargestellten Grundsätze über das Verhältniss zwischen dem ursprünglichen Recht und dem wirklichen Faktum finden ihre gewöhnliche Anwendung auf das Verhältniss des ursprünglichen Eigenthümers zum Eigenthumsbesitzer. Allein es giebt auch noch andere Anwendungen und zwar mit Bezug auf die Pfandberechtigung (Art. 236).

Vor Allem können sich ein Pfandberechtigter, der aber das Pfand nicht mehr im Besitz hat, und ein Besitzer, der die Sache eigenthümlich erwerben wollte, gegenüberstehen. Auch hier hängt die Entscheidung davon ab, ob die Sache gestohlen oder verloren worden ist, ebenso von dem guten Glauben, von der Art des Erwerbs (Markt, Versteigerung etc.). Gerade um auch diesen Fall mitzubegreifen, spricht der schweizerische Entwurf in Art. 234 nicht von dem frühern Eigenthümer, sondern von den „frühern Berechtigten" und so muss es auch am Schlusse dieses Artikels heissen.

Ein zweiter Fall ist derjenige, wo ein Pfandgläubiger einen Pfandbesitz an einer Sache hat, welche einem frühern Eigenthümer unbeschwert gehört hat und

ihm vielleicht gestohlen worden ist. Ist hier der Pfandbesitzer verpflichtet, die Sache an den Eigenthümer herauszugeben ohne Ersatz seiner Forderung oder mit Ersatz oder endlich gar nicht? Auch die Beantwortung dieser Fragen unterliegt den oben aufgestellten Regeln.

Dasselbe gilt endlich auch für den dritten Fall, wo sich ein früherer und ein späterer Pfandberechtigter gegenüberstehen. Auch hier gilt als Regel der Vorzug des wirklichen Pfandbesitzers, es handle sich denn um eine dem frühern Berechtigten gestohlne oder von ihm verlorne Sache.

Die bisherige Ausführung bezog sich auf bewegliche Sachen im Allgemeinen, nicht aber auf Inhaberpapiere. Mit Bezug auf diese hat der schweizerische Entwurf, in Uebereinstimmung mit dem deutschen Gesetz (Art. 307), dem neuen Basler Gesetz von 1864 (Art. 3) u. a. m., die Vindikation gegenüber einem gutgläubigen Erwerber ausnahmslos ausgeschlossen, so dass auch das gestohlne oder verlorne Inhaberpapier nicht vindizirt werden kann. Diese Steigerung des Prinzips der Nicht-Vindikabilität ist hier gerechtfertigt: die Individualität eines Inhaberpapieres ist fast vollständig verwischt; das Papier ist individuell kaum erkennbar und noch viel weniger als gestohlnes oder verlornes und endlich ist der Verkehr mit solchen Papieren noch rascher, als mit andern beweglichen Sachen und bedarf darum auch noch grösserer Sicherheit.

Eine vortreffliche Vertheidigung der Nicht-Vindikabilität von Inhaberpapieren findet sich im Handelsrecht von Thöl (pag. 347 u. f.) und zwar besonders von der praktischen Seite aus. Den Handelsleuten gegenüber

stellt sich die Frage ganz einfach folgendermaassen: Wollt Ihr lieber den Vortheil, keiner Vindikation ausgesetzt zu sein, mit der Gefahr, selbst auch nicht vindiziren zu können, oder aber wollt Jhr lieber den Vortheil, die Vindikation zu geniessen mit der Gefahr, der Vindikation ausgesetzt zu sein? Der Kaufmann wird unbedingt die erste Alternative vorziehen; er wird lieber sichern Erwerb wollen mit unsicherem Behalten in Folge von Verlieren oder von Diebstahl, als unsicheren Erwerb mit sicherem Behalten. Ein jeder Kaufmann wird gerne auf das Recht, ein ihm gestohlnes oder von ihm verlornes Papier mit der Vindikation zu verfolgen, Verzicht leisten, wenn er dafür die tröstliche und beruhigende Zuversicht erhält, dass er das von ihm gekaufte Papier, selbst wenn es gestohlen worden, auch behalten darf, ohne einer Vindikation ausgesetzt zu sein.

Der schweizerische Entwurf hat aber auch bei den Inhaberpapieren die Vindikation nur dem gutgläubigen Erwerber gegenüber ausgeschlossen und dem Erwerber über seinen Glauben selbst die Beweislast auferlegt. Damit stimmen auch das Zürcher Gesetz und wenigstens der Entwurf des Basler Gesetzes (§ 1) überein. Der gute Glaube soll mit Recht einem ursprünglich Berechtigten, einem vindizirenden Eigenthümer gegenüber nicht von vorneherein präsumirt werden.

Anders entscheidet dagegen das bernische Gesetz über die Aktiengesellschaften (Art. 22) mit Bezug auf Inhaber-Aktien. Nach demselben soll die Eigenthumsklage eines frühern Inhabers der Aktie nur dann zugelassen sein, wenn der Kläger beweist, „dass ihm der Beklagte den Besitz des Papiers auf unred-

liche Weise und gegen seinen Willen entzogen habe und noch zur Zeit der Anstellung der Klage Inhaber des nämlichen Papiers sei.“ Ist also ein späterer Inhaber des Papiers bei seinem Erwerb in mala fide gewesen, so soll auch diesem gegenüber die Vindikation ausgeschlossen sein. Wir erklären uns im Interesse des redlichen Verkehrs gegen diese Bestimmung. Wenn der Bestohlne eine Eigenthumsklage nur gegen den Dieb hat, so wird diese in den meisten Fällen illusorisch sein, da der Dieb das Papier auf die leichteste Weise an seinen Genossen übertragen kann. Es ist aber auch dem Rechtsgefühl widerstreitend, diesen Genossen, der wissentlich von dem Dieb gekauft hat, dem bestohlnen Eigenthümer gegenüber zu schützen.

Der schweizerische Entwurf schützt also ausnahmslos nur den gutgläubigen Besitzer und geht in dieser Richtung selbst noch weiter, indem er in Art. 235 auch denjenigen verantwortlich erklärt, der nicht mehr Besitzer der Sache ist, sich aber unredlicher Weise derselben entäussert hat, um einer gesetzlich begründeten Vindikation zu entgehen. Ein solcher kann zwar nicht mehr auf Herausgabe der Sache selbst beklagt werden, ist aber zum Ersatze des Werthes verpflichtet. Diese Bestimmung ist dem Basler Gesetz über Beschränkung der Vindikation von Mobilien von 1864 (§ 4) entnommen und gründet sich auf bestimmte Erfahrungen. Die Motive des Basler Justizkollegiums bemerken mit Recht, jener Satz sei in den Fällen von Wichtigkeit, wo der wirkliche Besitzer nicht belangt werden kann, oder wo die Klage auf ihn als einen gutgläubigen Besitzer keine Anwendung findet. Die Bestimmung bezieht sich sowohl auf bewegliche Sachen überhaupt, als auf Inhaberpapiere.

Bestellung eines Faustpfandes durch einen Kaufmann.

(Art. 238 bis 240.)

Die ältern Gesetzgebungen behandelten den Faustpfandvertrag mit Misstrauen als eine Art von Wucher und setzten desshalb hemmende Förmlichkeiten fest, die auf den für den Handelsverkehr so wichtigen Vertrag nicht gedeihlich einwirken konnten. Auch der Code civil bestimmt noch in Art. 2074: „Ce privilège (résultant du droit de gage) n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enrégistré contenant la declaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leur qualité, poids et mesure. La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs."

Zwar sagt dann der Art. 2084, dass diese Bestimmungen nicht anwendbar seien „aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées." Allein es sind dann die in diesem Artikel versprochenen besondern Gesetze nicht erlassen worden und namentlich enthält der Code de commerce nichts Bezügliches. Gleichwohl herrscht in der französischen Jurisprudenz darüber Streit, ob jene Förmlichkeiten auch auf Pfänder in Handelssachen Anwendung finden. Dieselben erschienen als so unzweckmässig, dass bedeutende Gerichtshöfe und Schriftsteller die Anwendbarkeit dersel-

ben ohne gesetzlichen Anhaltspunkt bestritten haben. Endlich hat nun das Gesetz vom 23. Mai 1863 über den kaufmännischen Faustpfandvertrag die Lücke ergänzt und sowohl die Eingehung dieses Vertrags, als die Realisirung der Rechte aus demselben von hemmenden Schranken befreit.

In der Hauptsache stimmt mit diesem französischen Gesetz von 1863 überein der Genfer Entwurf „sur le droit de gage“, welcher von Herrn Advokat Martin am 30. Dezember 1863 dem grossen Rathe von Genf vorgelegt wurde und noch in Berathung liegt. In dem über den Entwurf abgefassten Kommissionsbericht sind die Gründe für die Befreiung des Pfandvertrages von lästigen Förmlichkeiten, besonders mit Bezug auf die Verpfändung von Werthpapieren, sehr klar dargelegt. Es heisst daselbst: „Il semble naturel que, puisqu'on transfère la propriété de ces valeurs au porteur par la simple remise du titre, on puisse aussi créer un simple droit de gage sur ces valeurs, sans les formalités compliquées de la loi civile.“ Auf die Befürchtung, es sei durch die Formlosigkeit des Pfandvertrages einer betrügerischen Handlungsweise der Weg geöffnet, wird richtig geantwortet: „Cet argument ne nous touche pas; sans doute la fraude est possible, mais elle l'est tout aussi bien à l'aide d'une vente qu'au moyen d'un nantissement, et parce que l'on peut supposer des ventes simulées, resultat d'une collusion entre l'acquéreur et le vendeur, la loi commerciale n'a cependant pas assujetti les ventes à la nécessité d'un acte écrit et enregistré. Laissons donc de côté ces craintes chimériques! N'interdisons pas l'usage d'une chose bonne et avantageuse en elle-même, parceque l'abus en est possible.“

In demselben Geiste sind auch die Art. 309 bis 311 des deutschen Handelsgesetzes abgefasst und es ist bezeichnend, dass wenigstens der Grundsatz ohne Anfechtung geblieben ist.

Von schweizerischen Gesetzen erwähnen wir das Zürcher Civilgesetz (§§ 854 u. f.). Auch nach diesem bedarf der Vertrag an sich keiner Förmlichkeit; er erzeugt aber auch für sich allein kein Pfandrecht. Das Faustpfand an einer beweglichen Sache wird durch die Hingabe der Sache zu Pfand begründet; bei Papieren auf den Inhaber durch Besitzesübergabe des Schuldscheins; bei andern Forderungen, die an eine Urkunde geknüpft sind, wie bei Schuldbriefen oder Wechseln, durch eine dem Verkehr mit solchen Urkunden entsprechende Uebertragung.

Nach dem Bündner Gesetz (§ 304) findet die Besitzesübergabe zu Faustpfand im Allgemeinen auf dieselbe Weise, wie diejenige zu Eigenthum statt. Die Verpfändung einer Forderung erheischt die Uebergabe ihres urkundlichen Titels in den Besitz des Pfandgläubigers.

In andern Gesetzen dagegen, wie das solothurnische und das bernische, bedarf der Pfandvertrag über eine gewisse Summe hinaus (30 und 100 Franken a. W.) der Schriftlichkeit.

Bei dieser Uebereinstimmung aller neuern Legislationen und dieser mit der kaufmännischen Anschauung konnte es für den schweizerischen Entwurf nicht zweifelhaft sein, welchen Weg er bei Bestimmungen über den Pfandvertrag einzuschlagen hatte. Fraglich konnte nur sein, ob es gerathen sei, auch hier in die kantonalen Civilrechte einzugreifen und überhaupt einschlagende

Bestimmungen aufzustellen. Allein die Kommission war von der Ueberzeugung geleitet, dass es sich hier gerade um eine der bedeutendsten Seiten des kommerziellen Verkehrs handle und namentlich, seitdem sich Werthpapiere in so enormer Zahl im Verkehr befinden, für welche Regeln der Verpfändung so gut als der Veräusserung als ein absolutes Bedürfniss erscheinen. Nun ist aber auch klar, dass bei dem leichten und weitreichenden Verkehr mit Waaren und Werthpapieren nicht bloss eine Einheit des Rechtes der verschiedenen Kantone, sondern auch ein Anschluss an die Gesetzgebung unsrer Nachbarländer Bedürfniss ist.

Was die einzelnen Bestimmungen betrifft, so ist namentlich die Frage von Wichtigkeit, auf welchen Umkreis dieselben beschränkt werden sollen. Das deutsche Gesetz beschränkt seine Bestimmungen auf den Fall, wo „unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften“ ein Faustpfand bestellt wird. Wir können dieser Beschränkung schon darum nicht folgen, weil unser Entwurf „Handelsgeschäfte“ gar nicht kennt; wir glauben aber auch mit Goldschmidt, dass aus dieser Beschränkung endlose Streitigkeiten erwachsen müssen. Wie soll man bei der Bestellung eines Faustpfandes mit Sicherheit erkennen können, ob das zu sichernde Geschäft ein „beiderseitiges“ Handelsgeschäft sei? Besser und einfacher sind das französische Gesetz von 1863 und der Genfer Entwurf, indem sie ihre Vorschriften beschränken auf jedes Faustpfand, das konstituirt wird „soit par un commerçant, soit par un non-commerçant, pour un acte de commerce.“ Aber auch diese Bestimmung leidet an Allem, an was der Begriff

„Handelsgeschäft“ selbst. Es wird im einzelnen Falle sehr schwer sein, zu bestimmen, ob das Darlehen, für welches der Schuldner ein Faustpfand bestellt, ein „acte de commerce“ ist oder aber von ihm als Privatmann im Interesse seines persönlichen Haushaltes aufgenommen worden ist; es könnte sogar auch beides zu gleicher Zeit der Fall sein.

Wir bekennen hier offen, dass wir es vorgezogen hätten, eine jede Beschränkung unsrer Pfandbestimmungen zu streichen, da wir diese nicht als gefährlich, sondern in der Natur der Sache liegend ansehen, und da wir auch die Normen über den Eigenthumserwerb von Beweglichkeiten und Papieren nicht auf den kaufmännischen Verkehr beschränkt haben. Da aber die Befürchtungen von Missbrauch jedenfalls noch sehr verbreitet sind und zwar namentlich, was die leichte Realisirung des Pfandrechtes angeht, so hat sich auch der schweizerische Entwurf eine Beschränkung auferlegt. Dieselbe hält sich, konsequent mit der Grundlage des ganzen Entwurfs, an den Begriff „Kaufmann“, der mit Hülfe des Handelsregisters leicht zu bestimmen ist. Es soll darauf ankommen, ob derjenige, der das Pfand bestellt hat, ein „Kaufmann“ ist und das mit gutem Grund. Denn gegen den Besteller des Pfandes richtet sich ja die Strenge des Gesetzes: der Besteller ist strenger behandelt dadurch, dass sein Gläubiger auch ohne weitere Förmlichkeiten sein Pfandrecht erwirbt; er ist strenger behandelt dadurch, dass der Gläubiger bei schriftlicher Bestellung sich aus dem Pfande sofort bezahlt machen kann und zwar unter gewissen Bedingungen (Art. 240) selbst ohne richterliche Ermächtigung. Es ist also der Besteller, den man durch eine Beschränkung, wenn über-

haupt eine solche wünschbar ist, schützen soll, und da ist es nicht unbillig, wenn man den Schutz dem Nichtkaufmann gewährt, welcher mit der im kommerziellen Verkehr üblichen und nothwendigen Raschheit nicht vertraut ist.

Was die Realisirung des Pfandrechtes betrifft, so ist im französischen Gesetz und dem genferischen Entwurf, wie im schweizerischen Entwurf und deutschen Gesetz der Grundgedanke der Erleichterung der Realisirung durchaus derselbe, sie gehen aber auseinander in der Feststellung des Modus derselben. Das französische Gesetz und der Genfer Entwurf erklären übereinstimmend: „A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours (un mois) après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur du gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage.“ Der schweizerische Entwurf hat diese Bestimmung insofern gemildert, als, abgesehen von einer besondern Vereinbarung (Art. 240), der Verkauf der verpfändeten Gegenstände nur in Folge einer richterlichen Ermächtigung vorgenommen werden kann und daher die Vorlegung der erforderlichen Bescheinigungsmittel vorauszugehen hat. Auf der andern Seite ist dann aber auch kein Fristablauf gefordert und dies ist ohne Zweifel sehr im Interesse einer raschen Befriedigung der Gläubigerrechte und also des Kredits. Ein Monat scheint uns für commerzielle Verhältnisse etwas lang, wie denn auch das französische Gesetz nur 8 Tage bestimmt. Wird richterliche Ermächtigung gefordert, so kann gewiss jede Frist ohne Gefahr wegfallen. Die richterliche Ermächtigung ihrerseits bietet auf der einen Seite Schutz gegen un-

rechtliches Vorgehen; anderseits kann sie aber auch, da wir ausdrücklich den Richter der gelegenen Sache als kompetent erklären, leicht und ohne Verzögerung erwirkt werden.

Wir erwähnen endlich noch, dass in dem deutschen Handelsgesetze (Art. 312) neben den Vorschriften desselben über das Faustpfand gleichwohl auch die bezüglichen Bestimmungen der Civilgesetze der einzelnen Staaten vorbehalten worden sind, so dass dem Gläubiger eine Wahl zwischen dem einen oder andern Systeme offen bliebe. Wir haben davon Umgang genommen in dem gewiss richtigen Gefühl, dass aus einem solchen Wahlrecht eine Unsicherheit entspringen muss, die am allerwenigsten für Kreditgeschäfte passt, auf die es bei unsern Bestimmungen gerade abgesehen ist.

Kaufmännisches Retentionsrecht.

(Art. 241 bis 243.)

Der schweizerische Entwurf ist in dieser Materie dem deutschen Gesetze (Art. 313 bis 315) gefolgt. Eine Hauptabweichung besteht nur mit Bezug auf die Ausdehnung der Bestimmungen. Auch hier giebt das deutsche Gesetz das Retentionsrecht nur für die Forderungen, welche einem Kaufmann gegen einen andern Kaufmann „aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften“ zustehen. Der schweizerische Entwurf dagegen beschränkt seine Bestimmungen bloss auf die Forderungen eines Kaufmanns gegen einen andern Kaufmann. Diese Beschränkung halten wir für gerechtfertigt, da das

Retentionsrecht aus einer specifisch kaufmännischen Auffassung hervorgegangen ist, nach welcher alles das, was ein Kaufmann in seinem Besitze hat, als sein wahres Pfand angesehen wird.

Im Uebrigen verweisen wir hier am besten auf die trefflichen Commentatoren des deutschen Gesetzes.

Vom Kauf.

Der französische Code de commerce enthält über den Kauf nur eine einzige Bestimmung (Art. 109), welche sich auf den Beweis bezieht. Dies ist ein Beleg dafür, dass auch der französische Gesetzgeber keine Trennung des handelsmännischen Kaufes vom civilrechtlichen Kauf gewollt hat. Es ist ohne Zweifel der Kauf das handelsmännische Geschäft par excellence. Wenn wir von dem Kauf und Verkauf von Grundstücken absehen, so ist fast jeder Kauf ein Theil eines Spekulations- also eines Handelsgeschäftes. Entweder kauft der Detaillist vom Grossisten und da hat das Geschäft für Beide handelsmännischen Karakter, oder der Grossist oder der Detaillist kaufen vom Produzenten, oder der Consument kauft vom Detaillisten. In den beiden letztern Fällen ist das Geschäft auf der einen Seite ein Handelsgeschäft, im erstern Fall der Kauf, im letztern der Verkauf. Jeder Kauf ist ein Schritt weiter vom Produzenten zum Consumenten. Wenn nun nach dem Gesagten der Kauf der weitaus wichtigste Vertrag des handelsmännischen Verkehrs ist und der Code de commerce für denselben nur einen einzigen Artikel aufstellt, so folgt der schweizerische Entwurf insofern seinem Beispiele, als auch er im All-

gemeinen den Kauf als einen einzigen Vertrag behandelt und also zwischen Handelskauf und Civilkauf keine Gränze zieht.

Was wir in der „Umschreibung des Entwurfs" hervorgehoben haben, findet also hier beim Kauf seine Bestätigung. Mit einzelnen Ausnahmen, wie diejenige des Art. 249, ist kein Bedürfniss nach besondern Bestimmungen für den Handelskauf fühlbar. Viel eher giebt es Fälle, wo es billig ist, den „Nichtkaufmann" (und zwar auch bei einem Handelskauf) nicht mit der vollen Strenge des Gesetzes zu behandeln. Allein da kann das Ermessen des Richters, sofern das Gesetz Bedacht darauf nimmt, wie dies z. B. im Art. 252 des schweiz. Entwurfes geschehen ist, den Verhältnissen gebührende Rechnung tragen.

Nach einer andern Seite hin aber konnte der schweizerische Entwurf dem französischen Code de commerce nicht folgen. Es ist in diesem Gesetze sehr wohl begründet, wenn dasselbe den Kauf mit einer einzigen Bestimmung bedenkt, weil es ein einheitliches und auch ausführliches Civilgesetz zur subsidiären Basis hat; ein Mehreres war da nicht nöthig. Der schweizerische Entwurf dagegen hat es mit mehr denn 20 verschiedenen Civilrechten zu thun und da ist es klar, dass, wenn man mit der Einheit für das Handelsrecht nur irgendwie Ernst machen will, eine Anzahl von einheitlichen Bestimmungen für den allerwichtigsten Vertrag des Verkehrs aufgestellt werden müssen.

Eine letzte allgemeine Frage war die, in welcher

Ausdehnung Bestimmungen über den Kauf in den Entwurf aufzunehmen seien. Wir hätten an sich vorgezogen, belehrt durch die mannigfach fühlbare Lückenhaftigkeit des deutschen Gesetzes, ein vollständiges System über den Mobiliarkauf in den Entwurf aufzunehmen. Unzweifelhaft wäre Alles viel klarer, konsequenter in sich zusammenhängend geworden und also der Sicherheit des Verkehrsrechtes zu Gute gekommen. Trotzdem hat die Kommission, in dem grundsätzlichen Streben, die bestehenden Civilgesetze zu schonen, vorgezogen, nur da mit Bestimmungen einzugreifen, wo ein offenbares und zwingendes Verkehrsbedürfniss vorliegt und wo die meisten Kantonalgesetze lückenhaft sind. Dieses System, das auch für das deutsche Gesetz gewählt worden ist, muss sich den Vorwurf der Halbheit gefallen lassen, verdient aber vom praktischen Gesichtspunkt aus immerhin den Vorzug, sobald man sich zugestehen muss, dass durch die Wahl eines Systems, das viel tiefer in das Bestehende einschneiden würde, das ganze Fortschrittswerk gefährdet wäre. Dass aber auch durch die wenig zahlreichen Bestimmungen des schweiz. Entwurfs über den Kauf ein grosser Fortschritt und zwar namentlich für den interkantonalen Verkehr und den mit dem Auslande erzielt wird, kann nicht geläugnet werden. Wir werden hier auf einzelne Bestimmungen besonders aufmerksam machen, verweisen aber im Uebrigen auf den Entwurf selbst, der in seinen Grundgedanken mit dem Code civil, dem deutschen Handelsgesetz und den neuern schweizerischen Civilgesetzen, besonders dem Zürcherischen übereinstimmt und also die heutige Verkehrsanschauung so getreu als möglich repräsentirt.

Kauf auf Besicht oder auf Probe.

Der Art. 245 löst die alte Controverse, ob der Vorbehalt auf Besicht oder auf Probe eine Suspensiv- oder eine Resolutivbedingung enthalte und zwar in Uebereinstimmung mit dem Code civil, dem deutschen und dem Zürcher Gesetz, während das Solothurner und das Aargauer Gesetz den Vorbehalt als eine Resolutivbedingung ansehen. Originell ist das Bündner Gesetz (§ 404), nach welchem es davon abhängen soll, ob der Kaufspreis bezahlt ist oder aber nicht und zwar so, dass im erstern Fall eine Resolutiv-, im letztern dagegen eine Suspensivbedingung angenommen wird. Nun scheint uns aber, dass dieses Moment, wenn es auch allerdings sehr bezeichnend ist, doch für sich allein noch nicht verdiene, entscheidend zu sein, sondern es sollte der Richter frei sein, dasselbe in gebührender Weise zu würdigen.

Kauf nach Probe (Muster).

Während der Kauf auf Probe ein bedingter Kauf, ist der Kauf nach Probe unbedingt, aber mit einer besondern Bestimmung geschlossen. Dies ist die Anschauung aller neuern Gesetze. Nun aber enthält unser Entwurf in Uebereinstimmung mit dem Zürcher Gesetz (§ 1447) eine Bestimmung über den Beweis bezüglich der Probemässigkeit der Waare. Der Verkäufer muss in der Regel beweisen, dass er probemässig geliefert habe; ist aber die Probe beim Käufer verdorben worden oder zu Grunde gegangen, so ändert die Beweislast. Dieser Entscheidung gegenüber legt das Bündner Gesetz (§ 405) schon von vorneherein dem Käufer den Be-

weis der Nichtprobemässigkeit auf. Wir glauben, dass dies unrichtig sei; denn die Probemässigkeit gehört zu der Vertragserfüllung und darf also nicht präsumirt, sondern muss bewiesen werden.

Das Zürcher Gesetz (§ 1448) enthält noch eine Bestimmung betreffend den Beweis über Aechtheit oder Unächtheit der Probe. Ist z. B. dem Käufer die Probe anvertraut worden, so kann der Verkäufer von ihm eine Erklärung auf Ehre und Gewissen über die Aechtheit fordern, wobei aber Jenem der Beweis der Unächtheit vorbehalten bleibt. Wir halten es, ob es nun eine Ehrenerklärung sei oder, wie Brinkmann will, ein Eid, für immoralisch, einer solchen Erklärung gegenüber einen Gegenbeweis zuzulassen, haben aber vorgezogen, diese Frage des Beweismittels in dem Entwurf nicht zu berühren.

Der bestimmte Lieferungstermin im kaufmännischen Verkehr.

Die Folgen der Nichteinhaltung eines solchen Termins sind in dem Entwurfe (Art. 249) in Uebereinstimmung mit dem Zürcher Gesetz (§ 1401) festgestellt. Nach dem deutschen Gesetz (Art. 355) hat der Käufer die dreifache Wahl, entweder Erfüllung nebst Schadensersatz, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder von dem Vertrage abzugehen. Nun aber soll nach unsrer Ansicht der Käufer auch in diesem letztern Falle ein Recht auf Schadensersatz beanspruchen können; kann er dies aber, so ist dann das zweite Wahlrecht überflüssig. Auch nach dem Code civil (Art. 1610) kann der Käufer „demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient

que du fait du vendeur.« Es fügt aber der Art. 1611 ausdrücklich bei, dass in allen Fällen der Verkäufer wegen Verspätung zum Schadensersatz verurtheilt werden kann.

Bluntschli bemerkt mit Recht, es genüge im Handelsverkehr nicht, dass der Käufer bei einer Verspätung die Erfüllung nebst Schadensersatz verlangen könne. Denn oft habe er auf Lieferung so sicher gezählt, dass er die Waare schon weiter verkauft habe und also frei sein müsse, sich dieselbe anderwärts zu verschaffen.

Das Bündner Gesetz spricht den allgemeinen Satz aus, dass überall da, wo für eine Leistung eine bestimmte Zeit bedungen ist, der Berechtigte nach Verfluss der letzteren die Leistung nicht mehr anzunehmen braucht und unter dieser Voraussetzung von dem Vertrage zurücktreten kann.

Das Differenzgeschäft.

Im Anschluss an die bemeldte Bestimmung über den Kauf mit bestimmtem Lieferungstermin enthält das Zürcher Gesetz (§ 1403) eine Bestimmung über das Differenzgeschäft. Wenn nämlich nur scheinbar Lieferung der Sache verabredet, in Wahrheit aber die blosse Kursdifferenz zwischen dem jetzigen und dem Marktpreise des Lieferungstermins zum Vertragsgegenstand gemacht wird, so sei ein solches Geschäft nicht als Kauf, sondern »einem Spielgeschäft ähnlich zu behandeln und für eine derartige Forderung auf Bezahlung der Differenz kein Recht zu halten.«

Diese Bestimmung wird von Bluntschli, dem Redaktor des Gesetzes, damit vertheidigt, dass das We-

sen des Differenzgeschäftes nicht den Karakter des Kaufvertrages habe, indem lediglich auf die Preisdifferenz spekulirt wird; von der Wette unterscheidet sich das Differenzgeschäft dadurch, dass jene auf einer ernstlichen Behauptung beruht, die man durch Einsatz bekräftigt, hier dagegen offenbar nur der Gewinn der zur Zeit noch unsichern Differenz gewollt werde; das Differenzgeschäft wirke demoralisirend ein auf den Geldverkehr und übe einen schädlichen Einfluss aus auf die realen Preise der Güter, indem es die natürlichen Schwankungen leidenschaftlich steigere.

Von ähnlichen Ansichten ist auch die französische Jurisprudenz beherrscht; es sollen auf das Differenzgeschäft die Bestimmungen der Art. 1965 und 1967 des Code civil über Spiel und Wette Anwendung finden. Diese Artikel lauten: 1965. „La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari.“ 1976. „Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie.“ Alauzet (II, pag. 88, 89) spricht sich sehr bestimmt aus: „Ne serait pas considéré comme vente aléatoire, mais comme jeu et pari, tout marché fictif, quand il ne doit pas avoir pour effet de forcer le vendeur à une livraison réelle des objets achetés et ne l'oblige qu'au paiement de la différence des cours entre le moment où le contrat a été formé et le moment où il doit être exécuté.“ Der französische Kassationshof hat sogar durch Urtheil vom 25. Februar 1845 entschieden, dass der Kommissionär, welcher als Vermittler von Differenzgeschäften gehandelt und die Differenz mit Einwilligung des Verlierenden bezahlt hat, kein Klagrecht

auf Rückerstattung des Gezahlten ausüben kann. In demselben Sinn hat auch der Appellhof von Aix entschieden.

Im entgegengesetzten Sinne sprechen sich deutsche und schweizerische Schriftsteller und Praktiker aus. Thöl (pag. 559 und 560) erklärt das Differenzgeschäft als seiner Natur nach klagbar. Dem Spiel sei charakteristisch, dass die Kontrahenten den Ausgang des Vertrags, den entscheidenden Thatumstand durch ihre Thätigkeit verabredetermassen herbeiführen; dies sei aber bei dem Differenzgeschäft nicht der Fall. Es sei mithin nicht ein Spiel, sondern eine klagbare, nicht verbotene sponsio. In deutschen Partikularrechten ist aber allerdings das Differenzgeschäft verboten.

Von Zürich aus ist uns die schärfste Verurtheilung des zürcherischen Rechtes zugekommen. Es wird der § 1403 dieses Gesetzes als eine beklagenswerthe Bestimmung bezeichnet, die im Stande sei, den Kredit zu gefährden und besonders wenn mit demselben der § 1769 in Verbindung gebracht werde, nach welchem auch das Darlehen für ein Spiel oder eine Wette nicht klagbar ist. Die gleiche Ansicht scheint auch in Basel vorzuwalten. Es sind uns zwar keine Gerichtssprüche bekannt; es werden aber daselbst täglich solche Geschäfte gemacht und zwar von den achtbarsten Kaufleuten. Vor einigen Jahren fiel es einigen Leuten, die schwer in Verlust gekommen waren, ein, die Differenz nicht zahlen zu wollen und zwar mit der Einrede, es handle sich um ein Spielgeschäft. Es kam zur Klage; dann erfolgte aber ein Vergleich.

Der Kampf zwischen den Spekulanten à la hausse

und denjenigen à la baisse ist ein natürlicher Kampf und wird selbst von Nationalökonomen als ein Glück bezeichnet. Sobald aber Kampf da ist, so ist es selbstverständlich, dass beide Parteien Allem aufbieten, um ihren Zweck zu erreichen. Der Haussier wird suchen, die Waare vom Markte möglichst fern zu halten und also solange kaufen, bis der Preis steigt und umgekehrt der Baissier. Im Uebrigen ist die Frage, ob wirklich ein Differenzgeschäft vorliegt, oft schwer zu beantworten. Denn daraus, dass am Stichtage nicht reell geliefert wird, lässt sich noch nicht schliessen, dass ursprünglich die Absicht auf die blosse Differenz hinzielte. Sieht der Käufer einen nahen Rückgang der Preise voraus, so ist ihm vielleicht eher damit gedient, am Stichtage die blosse Differenz zu erhalten, als die Waare selbst. Auch daraus, dass der Verkäufer beim Verkauf die Waare noch nicht besessen hat, lässt sich noch nicht auf ein Differenzgeschäft schliessen. Das Alles beweist, dass es im einzelnen Falle sehr schwer sein wird, den reell gemeinten Kauf von dem fictiven zu unterscheiden.

Bei diesem Widerstreit der Ansichten auf den schweizerischen Handelsplätzen hat es der schweiz. Entwurf vorgezogen, die Frage selbst nicht zu entscheiden und der Gesetzgebung und Jurisdiktion der Kantone zu überlassen.

Rechte und Pflichten des Käufers.

Die Bestimmung des Art. 252 über die Pflicht des Käufers, die empfangene Waare ohne Verzug zu untersuchen und den Verkäufer von allfälligen Mängeln zu benachrich-

tigen, findet sich sowohl im Zürcher Civilgesetz (§ 1418), als auch im deutschen (Art. 347), im spanischen (Art. 376) und portugiesischen (Art. 500) Handelsgesetz und endlich in einzelnen Entwürfen. Derselbe Satz ist aber auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung seit langem von Gerichtshöfen, so z. B. vom hamburgischen Handelsgericht angewendet worden, ohne dass es den Parteien je einfiel, dagegen Beschwerde zu führen. So sehr besteht für denselben eine innere Nothwendigkeit und ganz besonders kann ohne denselben kein Handelsverkehr in die Fremde bestehen. Mit Recht fragt Brinkmann, wohin es führen würde, wenn auch nach längerer Zeit, vielleicht nach Monaten, wenn es sich um Zahlungsleistung handelt, eine Nichtempfangbarkeit der Waare geltend gemacht werden dürfte? Bei manchen Waaren finde sich gar leicht ein Grund zu Ausstellungen, den der Empfänger unter günstigen Conjunkturen nicht geltend macht. Unter dem Schutze der Nichtverbindlichkeit zur Anzeige der Missbilligung könnte der Empfänger z. B. den Verlauf einer Getreide-Konjunktur abwarten, den günstigen für sich benutzen, den ungünstigen dem Absender aufwälzen. Es muss daher, sollen Treu und Glauben nicht verletzt werden, eine kurze Frist vorhanden sein für die Erklärung, ob eine Waare gebilligt oder verworfen werde.

Das deutsche Gesetz spricht in der genannten Beziehung nur vom Distancekauf, während die Bestimmung des schweiz. Entwurfs, in Uebereinstimmung mit dem Zürcher Gesetz, auch den Platzkauf in sich begreift.

Was die Frist zur Erhebung von Reklamationen betrifft, so bestimmt z. B. das Solothurner Ge-

setz ganz fest 14 Tage, das spanische nur 8 Tage. Unser Entwurf hat dagegen vorgezogen, auch hier dem Richter freien Spielraum zur Berücksichtigung der Individualität des einzelnen Falles zu gewähren und jedenfalls sind 14 Tage für den Handelsverkehr sehr oft zu lang, für den nicht-kaufmännischen Verkehr unter Umständen zu kurz. Unter allen Umständen ist für den interkantonalen Verkehr sehr nützlich, wenn das gleiche Prinzip überall gilt.

Das Letztere gilt auch von den Wirkungen der Gewährleistung (Art. 253 bis 256). Der schweiz. Entwurf giebt dem Käufer im Fall von Nachwährschaft die freie Wahl zwischen der Wandelungsklage und der Minderungsklage und stimmt darin überein sowohl mit dem Code civil (Art. 1641 und 1644), als auch mit den Civilgesetzen des Kantons Wallis (Art. 1385 und 1388), Neuenburg (Art. 1288 und 1291), Zürich (1419). Im Gegensatz zu diesem System gewähren die Gesetzbücher der Kantone Bern (Satz 711), Solothurn (§ 1051), Luzern (§ 558) und Aargau (§ 664) in Uebereinstimmung mit dem österreichischen Gesetzbuch die redhibitorische oder Wandelungsklage nur dann, wenn die Mängel nicht gehoben werden können.

Eine eigenthümliche Stellung nimmt das Bündner Civilgesetz ein, indem es in § 344 Folgendes bestimmt: „Sind die Gewährsmängel unwesentlich oder können sie gehoben werden, so kann der Empfänger von seinem Gewährsmann eine entsprechende Herabsetzung der Gegenleistung, beziehungsweise die Hebung der Mängel verlangen. Können sie nicht gehoben werden, so kann er, wenn sie für den Vertrag wesentlich

sind, die Aufhebung (Rückgängigkeit) des Vertrages verlangen, der Art, dass das auf denselben hin allfällig Geleistete zurückzustellen ist. Ebenso kann bei wesentlichen Gewährsmängeln, die gehoben werden könnten, die Aufhebung des Vertrages dann verlangt werden, wenn der Gewährspflichtige sie nicht innert einer von dem Kreispräsidenten ihm anberaumten Frist wirklich hebt.«

Wir ziehen vor, die schwierigen, unsichern Untersuchungen darüber, ob ein Mangel wesentlich ist und ob derselbe gehoben werden kann, auszuweichen und an der Hand des römischen Rechts, welches nicht nach der Art der Mängel unterschieden hat, bei jedem Gewährsmangel dem Käufer die freie Wahl zwischen den beiden oben genannten Klagen zu lassen. Der Begriff „wesentlich“ ist so unbestimmt, dass er geradezu nichtssagend ist und ob ein Mangel gehoben werden kann oder nicht, darüber werden in den meisten Fällen zwei Meinungen sich geltend machen können. Ausserdem ist aber, wenigstens im Handelsverkehr, der Käufer einer Waare, deren Mängel gehoben werden können, nicht viel besser daran, als wenn dies nicht möglich ist; denn er bedarf für sein eigenes Verkaufsgeschäft ohne jeden Aufschub eine Waare, die ohne Mängel ist. Endlich ist klar, dass das einfache System der freien Wahl zwischen den beiden Klagen einer raschen Abwicklung von Anständen sehr förderlich sein wird. Eine Solche ist aber wichtiger, als alles Andere; die erheblichsten Verluste entstehen gewöhnlich durch Verzögerungen und die daraus hervorgehenden Entwerthungen.

Von dem ausgesprochenen Prinzip weicht der schweizerische Entwurf nur da ab, wo es sich aus der Natur

der Sache wie von selbst ergiebt, nämlich da, wo es sich um vertretbare Sachen handelt. Auf der einen Seite soll nämlich der Käufer von solchen auch noch ein drittes Wahlrecht haben, das dahin geht, andere währhafte Waare derselben Gattung zu fordern, was als die natürlichste Lösung erscheinen muss. (Zürcher Gesetz § 1420). Auf der andern Seite aber haben wir uns fragen müssen, ob nicht auch dem Verkäufer von vertretbaren Sachen das Recht gegeben werden müsse, sich durch Lieferung von währschafter Waare derselben Gattung von seiner kontraktlichen Verbindlichkeit zu befreien und es hat der schweizerische Entwurf diese Frage für den Verkauf im Platzverkehr bejaht. Diese Berechtigung gründet sich einerseits darauf, dass es nicht billig sein würde, wenn der Käufer aus dem Vorhandensein eines Gewährsmangels der Waare den Vortheil ziehen könnte, sich von einem Geschäfte wegen des sinkenden Kurses loszumachen. Anderseits aber widerfährt dem Käufer, der im Platzverkehr ohne den geringsten Aufschub statt der mangelhaften gute Waare erhält, nicht die geringste Beeinträchtigung seiner Rechte. Wir halten daher diese Neuerung, die auf Anregung von Professor Fick in den Entwurf aufgenommen worden ist, als eine gerechtfertigte.

Der Art. 255 unsers Entwurfs normirt in fester Weise die Pflichten des Käufers mit Rücksicht auf die ihm von auswärts zugesendete, mit Mängeln behaftete Waare. Es ist einleuchtend, wie wichtig es auch hier wieder für den schweizerischen Verkehr ist, einheitliche Bestimmungen zu erhalten und es ist jedem Kaufmann bekannt genug, wie der Mangel an solchen Bestimmungen schon unzäh-

lige Male empfindliche Verluste herbeigeführt hat. Die Bestimmungen selbst beruhen auf der Idee, dass ein Kaufmann, aber auch der Privatmann nicht sein egoistisches Interesse allein in Betracht ziehen darf, sondern in gewissen Fällen auch seinem Nebenmenschen und besonders seinem Geschäftsfreunde gewisse Rücksichten schuldig ist. Darum ist dem Käufer die Pflicht auferlegt, die Waaren in einem öffentlichen Magazin unterzubringen oder bei sich aufzunehmen und wenn er auch die Waare dem Verkäufer zur Disposition stellt, dieselbe gleichwohl nicht ohne weiters an diesen zurückzusenden. Es ist klar, dass besonders durch die letzte Bestimmung sehr viele unnöthige und lästige Kosten erspart werden können. Der Verkäufer ist so in den Stand gesetzt, über die Waare, bevor noch ihr Werth gesunken ist, in anderer Weise zu disponiren und zwar gerade auf dem Platze, der für dieselbe wegen Vermeidung von weitern Transportkosten am günstigsten ist.

Von grosser Bedeutung sind endlich die Bestimmungen des Art. 256 über die Verjährung der Klagen und Einreden wegen Mangels der vertragsmässigen oder gesetzlichen Beschaffenheit der Waare. Aehnliche Vorschriften finden sich in den meisten Gesetzen, so namentlich im Code civil (Art. 1648), im deutschen Handelsgesetz (Art. 349), in den Civilgesetzen von Bern (Satz. 712), Solothurn (§ 1053), Zürich (§ 1426), Bünden (§ 351) u. s. w. Die Verjährungsfristen sind aber sehr verschieden bestimmt. Das Zürcher Gesetz setzt eine doppelte Verjährungsfrist fest: die Klagen erlöschen nach 6 Wochen seit der Entdeckung des Mangels und spätestens

nach 6 Monaten seit der vollzogenen Uebergabe der Waare. Ausserdem muss sogleich nach Empfang der Waare dieselbe untersucht und Reklamation erhoben werden, ansonst die Waare genehmigt erscheint. Diese Reklamation ist nun allerdings noch keine Klage. Allein nachdem einmal Reklamation erhoben ist, auf welche eine langwierige Unterhandlung folgen kann, scheint uns dann jene erste Verjährungsfrist von 6 Wochen für die Klaganstellung nicht nur überflüssig, sondern auch jedenfalls zu kurz. Was dann aber die Frist von 6 Monaten nach vollzogener Uebergabe betrifft, die mit der Frist des deutschen Gesetzes übereinstimmt, so erscheint uns mit Goldschmidt auch diese für viele Fälle des internationalen Verkehrs zu kurz und wir haben darum die Frist auf 1 Jahr festgesetzt. Das Bündner Gesetz setzt ebenfalls eine einjährige Frist fest, aber berechnet von dem oft unsichern Zeitpunkte, wo die Mängel dem Berechtigten bekannt wurden.

Was schliesslich das Erlöschen der bezüglichen Einreden betrifft, so ist der Sinn der Bestimmung des Art. 256, Absatz 2 der folgende. Betrifft es Mängel, welche bei der vorgeschriebenen Untersuchung der Waare nach ordnungsmässigem Geschäftsgange erkennbar waren, so muss eine sofortige Anzeige an den Verkäufer erfolgen und erfolgt dieselbe nicht, so kann der Käufer die Mängel auch mittelst einer Einrede nicht mehr geltend machen; die Waare gilt als genehmigt. Ist aber jene Anzeige erfolgt, so kann die Einrede zu allen Zeiten geltend gemacht werden. Darauf bezieht sich der Art. 252. — Betrifft es dagegen Mängel, welche bei jener Untersuchung nicht erkennbar waren, so muss die Anzeige an den Verkäufer so-

fort nach der Entdeckung der Mängel geschehen. Geschieht diess nicht, so gilt die Waare als genehmigt und auch die Einrede ist erloschen. Ueberdiess muss aber jene Benachrichtigung des Verkäufers, ganz abgesehen von dem Zeitpunkte der Entdekung der Mängel, innerhalb eines Jahres nach der Ablieferung der Waare bewirkt worden sein. Ist dies nicht geschehen, so ist die Einrede des Käufers wegen vorhandener Mängel erloschen. Ist aber die Anzeige sofort nach der Entdeckung und zugleich innerhalb eines Jahres nach der Ablieferung der Waare gemacht worden, so hat der Käufer seine Einrede in alle Zukunft.

Uebergang der Gefahr auf den Käufer.

Der schweizerische Entwurf behandelt die Frage von dem Uebergang der Gefahr unabhängig von der Frage betreffend den Uebergang des Eigenthums, indem er die Lösung der letzteren den kantonalen Gesetzen überlässt.

Das deutsche Handelsgesetz bestimmt in Art. 345 namentlich Folgendes: »Der Verkäufer hat die Gefahr, von welcher die Waare auf dem Transport betroffen wird, in dem Falle zu tragen, wenn er gemäss dem Vertrage die Waare an dem Orte, wohin der Transport geschieht, zu liefern hat, so dass dieser Ort für ihn als der Ort der Erfüllung gilt. Daraus, dass der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen hat, folgt für sich allein noch nicht, dass der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als der Ort der Erfüllung gilt.« Diese Bestimmung ist mit Recht angegriffen worden und

zwar namentlich von Goldschmidt: „In jedem Falle, wo ein vertragsmässiger Erfüllungsort vorliegt, soll der Gefahrsübergang suspendirt sein. Aus welchem Grunde? Und wann trifft dies zu? Wenn A. in Hamburg an B. in Riga schreibt: „Senden Sie mir zum laufenden Marktpreise 500 Centner Talg,“ und B. im nächsten Briefe einfach diese Kaufsofferte akzeptirt, ist Riga oder Hamburg der vertragsmässige Erfüllungsort? Hier müssen unzählige Streitigkeiten entstehen, welche doch gerade bezüglich des Gefahrsüberganges abzuschneiden wären. Noch gesteigert werden diese Bedenken durch die in Alinea 3 des Art. 345 vorbehaltene Fortdauer des bürgerlichen Rechts.“ Nach diesem Alinea 3 soll nämlich nicht ausgeschlossen sein, „dass die Gefahr schon seit einem frühern Zeitpunkt von dem Käufer getragen wird, sofern dies nach dem bürgerlichen Recht der Fall sein würde.

Der schweizerische Entwurf hat dagegen Ein möglichst festes Prinzip über den Gefahrsübergang aufgestellt und konnte dies um so ruhiger thun, als schon jetzt, wenigstens nach den neuern Civilgesetzen, eine auffallende Uebereinstimmung in dem Rechte der schweiz. Kantone zu Tage tritt. Das Solothurner Civilgesetz bestimmt Folgendes: § 1066. „Wenn der Zeitpunkt, wo die Uebernahme erfolgen soll, bestimmt ist, so hat der Verkäufer bis dorthin den Zufall zu tragen. Ist hingegen zur Uebernahme keine Zeit festgesetzt worden, so dass der Käufer den Gegenstand nach Belieben zur Hand nehmen kann, so steht derselbe auf Gefahr des Käufers. § 1067. Werden Sachen nach Zahl, Maass oder Gewicht verkauft, so trägt

der Verkäufer den Zufall, bis das Zuzählen, Zumessen oder Zuwägen stattgefunden hat, es sei denn der Käufer habe sich eine Zögerung zu Schulden kommen lassen.“ Damit stimmt nun auch das Zürcher Gesetz nahe zusammen und mit diesem unser Entwurf. Dieselbe Richtung hat auch das Bündner Civilgesetz (§ 402): „Bis zur Uebergabe der Sache oder bis zum Zeitpunkte, in welchem sie der Käufer, nachdem sie ihm zur Verfügung gestellt wurde, hätte in Empfang nehmen, beziehungsweise Anweisung zur Versendung geben können, trägt der Verkäufer ihre Gefahr und Lasten; von da an trägt sie der Käufer.“ Im französischen Code civil (Art. 1138) und wörtlich übereinstimmend in den ihm nachgebildeten westschweizerischen Civilgesetzen heisst es: „Elle (l'obligation de livrer) rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ...“.

Was den Uebergang der Gefahr bei versendeten Gütern betrifft, so wird präsumirt, der Käufer trage die Gefahr des Transportes. Bei einer Frankolieferung dagegen wird umgekehrt präsumirt, der Verkäufer trage die Gefahr, ohne dass aber damit ein Anderes ausgeschlossen sein soll. Dies sind auch die Bestimmungen des Zürcher Gesetzes. Nach dem Bündner Gesetz (§ 402) trägt Gefahr und Kosten von Versendungen der Käufer oder Verkäufer, je nachdem der Vertrag an dem Versendungs- oder an dem Bestimmungsorte zu erfüllen ist. Da aber in der Regel das Erstere der Fall ist, so ist es auch hier der Käufer, der die Gefahr trägt. (Planta zu § 402). Endlich be-

stimmt auch der französische Code de commerce in Art. 100: „La marchandise voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques de celui à qui elle appartient.“ Dieser ist aber in der Regel ebenfalls der Käufer.

Von der Kommission.

Begriffsbestimmung. (Art. 261).

Die Kommission ist der Vertrag, gemäss welchem der eine Kontrahent (Kommissionär) für Rechnung des andern Kontrahenten (Kommittent), aber in eigenem Namen Rechtsgeschäfte schliesst. Hat der Beauftragte nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des Auftraggebers Rechtsgeschäfte geschlossen, so hat er nicht als Kommissionär, sondern als Mandatar gehandelt. Mit dieser Unterscheidung stimmt vor Allem der Code de commerce (Art. 94) überein, indem er sagt: „Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom, ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant. Les devoirs et les droits du commissionnaire, qui agit au nom d'un commettant, sont déterminés par le Code civil, liv. III, tit. XIII.“ Denselben Grundgedanken spricht auch das deutsche Handelsgesetz in Art. 360 aus: „Kommissionär ist derjenige, welcher gewerbemässig in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers Handelsgeschäfte schliesst.“ Endlich unterscheiden von den schweizerischen Civilgesetzen das Zürcher Gesetz (§ 1615) und das Bündner Gesetz (§ 423) in gleicher

Weise die Kommission vom Mandat. Das freiburgische Handelsgesetz (Art. 67) lautet in der Hauptsache, so wie der Code de commerce. In den übrigen kantonalen Civilgesetzen dagegen fehlt der Begriff der Kommission noch gänzlich und es ist darum um so wichtiger, dass unser Entwurf ein im Verkehr so bedeutendes und ausgedehntes Geschäft, wie das Kommissionsgeschäft, eingehend behandelt. Wir werden sehen, in welcher Weise dies geschehen ist.

Das deutsche und das Zürcher Gesetz gehen von dem Begriff „Kommissionär" aus. Kommissionär ist aber nur derjenige, der die Kommission gewerbemässig betreibt und die Bestimmungen jener Gesetze finden also nur in diesem Falle ihre Anwendung. Dieser Ausgangspunkt ist durchaus falsch und zwar schon prinzipiell, da es sich im vierten Buche des deutschen Gesetzes („Von den Handelsgeschäften") und ebenso im Kapitel von den Verträgen im Zürcher Gesetz nicht um den persönlichen Begriff „Kommissionär" handeln kann, sondern nur um den Begriff eines Geschäftes, eines Vertrages. Daran hängt aber auch weiterhin, dass wir das Geschäft als solches, d. h. als einzelnes Geschäft nach dem Karakter, den es darbietet, auffassen und daher nicht danach fragen, ob der Kommissionär vor oder nachher noch andere gleichartige Geschäfte gemacht habe. Wir verwerfen also ebenso entschieden die Anforderung der Gewerbemässigkeit.

Bluntschli sagt in seinen Anmerkungen zu § 1615 des Zürcher Gesetzes: „Wird nur in einem einzelnen Falle eine Kommission übernommen, so kömmt

der Begriff des Auftrages oder Lohndienstvertrages zur Anwendung.“ Es ist nun sehr häufig, dass ein Kaufmann, der gewöhnlich Propergeschäfte oder auch Speditionsgeschäfte betreibt, gelegentlich auch Kommissionsgeschäfte macht. Sollen nun diese Letzteren keine Kommissionsgeschäfte im Sinne des Gesetzes sein? Das Zürcher Gesetz sagt „Nein.“ Das deutsche Gesetz dagegen sieht sich zu einer Konzession genöthigt und sagt in Art. 378: „die Bestimmungen dieses Titels kommen auch dann zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, dessen Handelsbetrieb nicht in Kommissionsgeschäften besteht, ein einzelnes Handelsgeschäft in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers schliesst.“ Aber auch wenn ein Nichtkaufmann einzelne Kommissionsgeschäfte vornimmt, so ist kein Grund dafür da, ihn nicht in gleicher Weise haften zu lassen, wie den gewerbemässigen Kommissionär.

So allein wird im Interesse eines klaren und wahren Rechtssystems die unnatürliche Scheidewand, die man zwischen Handelsgeschäften und Civilgeschäften, zwischen Kommission mit Gewerbemässigkeit und Kommission ohne dieselbe mit grosser Mühe aufgerichtet hat, wieder zusammenfallen. Dieses Resultat ist aber auch praktisch gerade mit Bezug auf die Kommission insofern ein glückliches zu nennen, als dieses Geschäft für die Erleichterung des Verkehrs in weite Entfernungen hin von grossem Nutzen ist, zu seiner Blüthe aber eine strenge gesetzliche Regulirung nöthig hat, welche nicht durch unnatürliche Schranken einer freien Wirksamkeit beraubt werden darf.

Uebergang von Forderungen und von Eigenthum auf den Kommittenten.

(Art. 263, 264 und 271.)

Der Kommissionär handelt gegenüber von Dritten in eigenem Namen. Daraus folgt, dass auch er allein gegenüber von Dritten berechtigt und verpflichtet wird und dass also der Kommittent ohne weiteres in keine rechtliche Beziehung zu denselben tritt, sondern bloss Rechte gegen den Kommissionär hat. Hat also der Kommissionär als solcher eine Forderung erworben, so muss sie, damit sie der Kommittent geltend machen kann, erst an diesen abgetreten werden. Der Dritte hat ja bei Abschluss des Geschäfts nur den Kommissionär, nicht auch den Kommittenten gekannt.

Ganz anders aber verhält es sich mit dem Verhältniss zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten. Denn da ist der Kommissionär nichts anderes, denn der Vertreter oder Mandatar. Er ist nur der Kanal, durch welchen die Forderung an den Dritten hindurchgeht, um an den Kommittenten zu gelangen. Fällt also der Kommissionär vor der Abtretung einer Forderung in Konkurs, so fällt diese nicht in die Konkursmasse, sondern kömmt dem Kommittenten oder dessen Gläubigern zu. Dieselben Sätze gelten auch im D. H. G. (Art. 368) und im Zürcher Gesetz (§ 1620 und 1621) und es behauptet darum Planta in seinen Motiven zu § 432 des Bündner Gesetzes (pag. 354) mit Unrecht das Gegentheil.

Was endlich das Eigenthum an den durch den Einkaufs-Kommissionär gekauften Sachen betrifft, so soll derselbe auch hier nur als das Instrument betrachtet werden,

durch welches der Kommittent selbst das Eigenthum erwirbt. Eine Abtretung des Eigenthums durch den Kommissionär an den Kommittenten ist hier auch dem dritten Verkäufer gegenüber durchaus nicht nöthig, da es sich hier ja nicht um ein persönliches Forderungsrecht handelt, das gegen eine bestimmte Person geht, sondern um ein dingliches Eigenthumsrecht, das der dritte Verkäufer einem jeden Dritten, also auch dem Kommittenten gegenüber aufgegeben und das der Kommissionär zu Handen des Kommittenten erworben hat. Da bedarf also der Kommittent auch für das Verhältniss zu dem dritten Verkäufer zur Geltendmachung seines Eigenthumsrechtes keiner Eigenthumsübertragung von Seiten des Kommissionärs. Die Besitznahme durch Diesen als Stellvertreter des Kommittenten genügt.

Provisionsanspruch des Kommissionärs. (Art. 268.)

Das D. H. G. Art. 371 bestimmt, der Kommissionär habe die Provision zu fordern, wenn das Geschäft „zur Ausführung gekommen ist." Mit Recht hat Goldschmidt diese Bestimmung, die sich durch die grösste Unsicherheit karakterisirt, getadelt und unser Entwurf macht darum, wie das Zürcher Gesetz (§ 1624), das Verdienen der Provision von dem Abschlusse des Geschäfts abhängig und giebt ausserdem einen Anspruch auf die sogenannte Auslieferungsprovision.

Das Retentionsrecht des Kommissionärs. (Art. 270.)

Schon der Code de commerce in seiner ursprünglichen Gestalt giebt im Art. 93 dem Kommissionär

ein Privilegium an den Waaren für seine Kommissionsforderungen, aber nur dem Verkaufskommissionär („pour être vendues pour le compte d'un commettant") und nur für den Fall, wo ihm die Waaren von einem andern Platze her zugesandt worden sind („à lui expédiées d'une autre place"). Diese beiden Beschränkungen des Privilegiums sind wider die Natur der Sache und das Bedürfniss des Verkehrs. Es hat darum auch das französische Gesetz vom 23. Mai 1863 in Abänderung des genannten Art. 93 Folgendes bestimmt: „Tout commissionaire a privilége sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, par le fait seul de l'expédition, du dépôt ou de la consignation, pour tous les prêts, avances ou paiements faits par lui . . ."

In derselben Weise gewähren auch das D. H. G. (Art. 374), das Zürcher Gesetz (§ 1625) und das Bündner Gesetz (§ 307) ein Pfand- oder ein Retentionsrecht. Das Zürcher Gesetz giebt bloss ein Retentionsrecht, das aber zum Faustpfandrecht wird, wenn der Berechtigte wirklich auf die vorhandene Sache greift, wenn nicht in Folge ernster Einwendungen von Seiten des Eigenthümers ein Richter gegen Deposition der geforderten Geldsumme die Herausgabe der zurückbehaltenen Sache anbefiehlt. Auch der schweiz. Entwurf spricht von einem „Retentionsrecht" des Kommissionärs, bestimmt aber auch in fester Weise die rechtlichen Folgen dieses Rechtes. Der Kommissionär kann sich durch öffentliche Versteigerung des Kommissionsgutes bezahlt machen und er hat dieses Recht auch gegenüber sonstigen Gläubigern und gegenüber der Konkursmasse des Eigenthümers.

Das Retentionsrecht dauert nach dem Entwurfe so lange, als der Kommissionär das Kommissionsgut in seinem Gewahrsam hat oder sonst in der Lage ist, darüber zu verfügen. Derselbe Gedanke ist im Code de commerce (modifizirt durch das Gesetz vom 23. Mai 1863) im Einzelnen ausgeführt, wie folgt: „Le créancier est reputé avoir les marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition dans les magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture.“

Selbstkauf und Selbstverkauf von Seiten des Kommissionärs. (Art. 280.)

Nach dem Zürcher Gesetz (§§ 1627 und 1633) kann ohne Zustimmung des Kommittenten weder der Einkaufskommissionär Waaren seines Lagers liefern, noch der Verkaufskommissionär die Kommissionswaare für sich selbst kaufen. In beiden Fällen ist der Kommittent auch nicht verpflichtet, die Provision zu bezahlen. Es ist an sich auch durchaus richtig, dass in diesen Fällen nicht eine Kommission vorliegt, sondern ein Kaufsgeschäft; der Kommissionär ist hier entweder Verkäufer oder Käufer. Wir haben uns anfänglich auch dieser Auffassung zugewendet. In der Kommission wurde dagegen auf die der letzteren widerstreitende kaufmännische Anschauung hingewiesen und mit Recht geltend gemacht, dass es dem Kommittenten nicht bloss gleichgültig sein könne, ob der Kommissionär die Waare selbst liefere oder sie erst von einem Dritten einkaufe, ob er die Waare selbst kaufe

oder sie einem Dritten verkaufe, sondern dass der Kommittent sogar ein reelles Interesse daran habe, dass der Kommissionär selbst liefere oder selbst kaufe. Und in der That wird der Kommissionär dadurch, dass er für den Kommittenten auf dem Markte als Käufer erscheint, durch Vermehrung der Nachfrage den Preis der Waare zum Nachtheil seines Kommittenten steigern und umgekehrt, wenn er als Verkaufskommissionär die Waare anbietet, den Preis derselben durch Vermehrung des Angebots zum Sinken bringen.

Unser Entwurf stimmt demnach in der Hauptsache mit dem deutschen Gesetze (Art. 376) überein. Während aber dieses Gesetz seine Bestimmung auf „Waaren, Wechsel und Werthpapiere, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben“ einschränkt, haben wir vorgezogen, diesen unsichern Begriff hier nicht aufzunehmen, sondern jene Regel allgemein auszusprechen.

Das Delkrederestehen.
(Art. 281 bis 283.)

Nach der Aussage von Praktikern ist beim Kommissionsgeschäft die Verrechnung eines zu hohen Ankaufspreises oder eines zu niedrigen Verkaufspreises von Seiten des Kommissionärs eine leider nicht seltene Erscheinung. Da nun aber der Handelsverkehr überhaupt und das Kommissionsgeschäft ganz besonders auf Treu und Glauben, auf persönliches Vertrauen sich stützen muss, so hat die Kommission für nöthig erachtet, gegen jenen Vertrauensmiss-

brauch energisch zu Felde zu ziehen und den Kommittenten zu schützen. In diesem Sinn schreibt der schweiz. Entwurf vorerst in Art. 269 vor, dass der Kommissionär bei einer unredlichen Handlungsweise gegenüber dem Kommittenten und besonders in dem angeführten Falle den Anspruch auf die Provision verliert.

Ferner soll dem Kommittenten bei Verrechnung eines zu hohen Ankaufspreises oder eines zu niedrigen Verkaufspreises folgendes Wahlrecht zustehen. Entweder kann er den zu hohen Verkaufspreis dem wahren Sachverhältniss gemäss rektifiziren lassen und damit also das Kommissionsgeschäft als solches anerkennen, wobei aber immerhin der Kommissionär seinen Anspruch auf die Provision einbüsst. Oder aber der Kommittent anerkennt das Kommissionsgeschäft, das der Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen, dem Kommittenten aber nicht so, wie es wirklich ist, mitgetheilt hat, nicht als das für seine Rechnung abgeschlossene Geschäft und hält sich an den Kommissionär persönlich, sei es als Verkaufer, sei es als Käufer. In diesem Falle haftet also der Kommissionär selbst persönlich für die Zahlung oder sonstige Erfüllung der Verbindlichkeit; er ist in der Lage desjenigen, der eine Delkredere-Verbindlichkeit auf sich genommen hat. Dass auch in diesem Falle dem Kommissionär kein Anspruch auf eine Provision zusteht, liegt in der Natur der Sache*).

Es ist klar, dass der Kommittent oft ein grosses Interesse daran haben kann, sich statt an einen dritten,

*) Im Text des Entwurfs, Art. 282, Zeile 3 muss es nicht heissen: „steht dem Erstern", sondern „steht dem Letztern."

vielleicht entfernten Schuldner, direkt an den Kommissionär selbst zu halten. Die Bestimmung ist auch nicht unbillig und steht zu derjenigen des Art. 281 in naher Analogie. Nach dieser letztern nämlich kann der Kommittent den Kommissionär auch dann als Selbstkäufer oder Verkäufer behaften, wenn ihm keine andere dritte Person als Käufer oder Verkäufer namhaft gemacht worden ist. Der Kommissionär hat sich diese Folge selbst zuzuschreiben und sie liegt namentlich jetzt, wo das Gesetz den Kommissionär als Selbstkäufer oder Verkäufer anerkennt und ihm auch die Provision zuspricht, in der natürlichen Konsequenz der Dinge.

Abgesehen von den angeführten Fällen steht der Kommissionär nicht delkredere; dabei ist aber die ausdrückliche Uebernahme einer solchen Pflicht oder ein bestehender Handelsbrauch am Niederlassungsorte des Kommissionärs vorbehalten. Was den Anspruch auf die delkredere-Provision betrifft, so stimmt unser Entwurf überein mit dem D. H. G. Art. 370.

Die Speditionskommission.

Wir sprechen hier unter dem Titel von der Kommission auch von der Speditionskommission als einer Unterart derselben. Die Redaktion hatte vorgeschlagen, die Speditionskommission auch im Text des Entwurfs mit einem besondern Artikel zu erwähnen, mit Angabe derjenigen Bestimmungen des Titels, welche auf dieselbe Anwendung finden. Die Kommission hat aber dies nicht für nothwendig erachtet.

Die übrigen neuern Gesetzgebungen stellen zwischen

den Kommissions- und den Transportvertrag als einen besondern Vertrag die Spedition. Der schweiz. Entwurf dagegen kennt keinen besondern Vertrag der Spedition, sondern es ist dasjenige, was in den übrigen Gesetzen „Spedition" genannt wird, zu einem Theile eine spezielle Art der „Kommission" und zu einem andern grössern Theile nichts anderes, als der Frachtvertrag. Es könnte hiebei der Vorwurf begründet erscheinen, dass unser Entwurf bei einem so vorzugsweise internationalen Geschäft nicht gut daran gethan habe, einen originellen Standpunkt zu wählen, statt sich dem Bestehenden anzuschliessen. Allein es wird sich zeigen, dass das Bestehende keineswegs den Karakter einer gemeinen, anerkannten Rechtsanschauung trägt, sondern sich verworren widerspricht. Es wird sich zeigen, dass die übrigen Gesetzgebungen zwar das Wort „Spedition" unter sich gemein haben, keineswegs aber auch den Gedanken, den Begriff in seinem innern Wesen. Bei diesem Zustande der Verwirrung nun ist es mehr als gerechtfertigt, wenn wir auf eigenem Wege nach einem einfachen und klar beherrschenden Gedanken gesucht haben. Prüfen wir vor Allem die neuere Legislation und als deren Repräsentanten das zürcherische, bündnerische und deutsche Gesetz.

Nach dem Zürcher Gesetz (§ 1642) heisst Speditör, „wer die Versendung von Waaren an einen andern Ort berufsmässig betreibt." Die Entstehung dieser Bestimmung zeigt, dass mit dieser Definition eigentlich das Gegentheil von demjenigen resultirt hat, was ursprünglich beabsichtigt war. Ursprünglich sprach der Entwurf nur von Einer Klasse von Speditoren, ohne den Begriff zu definiren. Mit Rücksicht auf den Bericht

der kaufmännischen Experten wurden dann in dem Gesetzesvorschlag an den grossen Rath zwei Arten von Speditoren genauer unterschieden, nämlich die „eigentlichen Speditoren“, welche als „Uebernehmer“ die Versendung von Waaren betreiben, und die sogenannten „Speditionskommissionäre“, welche nur die Absendung an dem Absendungsort besorgen. Der auf die Letztern bezügliche § 1651 des Entwurfs lautet: „Wer nicht als eigentlicher Speditör die Versendung von Waaren übernimmt, sondern nur als Speditionskommissionär handelt, unterliegt der erhöhten Verantwortlichkeit des erstern (des eigentlichen Speditör's) nicht, hat aber für allen Schaden einzustehen, den er durch sorgfältiges Verfahren hätte abwenden können.“ Diese Bestimmung hat dann aber der grosse Rath gestrichen und dafür wurde hauptsächlich angeführt: der Unterschied zwischen den beiderlei Verträgen sei nicht in zwei verschiedenen Gewerben sichtbar und werde von dem Publikum, wenn es Speditoren Aufträge gebe, nicht vorausgesetzt. Ferner beruhe die erhöhte Verantwortlichkeit der Speditoren auf einem dringenden Handelsinteresse; man könne den Versendern oder Bestellern von Waaren nicht zumuthen, dass sie den einzelnen Zwischenpersonen nachgehen und dieselben in verschiedenen Ländern belangen.

Das Resultat dieser Verhandlungen besteht nun darin, dass das Zürcher Gesetz nur von den uneigentlichen Speditoren, die man viel richtiger Transportunternehmer heisst, spricht, von den eigentlichen Speditoren oder Speditionskommissionären aber, die der zürcherische Entwurf „uneigentliche Speditörs“ nannte, gar nicht. Wir werden sehen, dass damit

der Speditionsvertrag im Zürcher Gesetz seine Berechtigung verloren hat. Es ist im Grossen Rathe schon sehr bestimmt darauf hingewiesen worden, dass die Spedition, von der j e t z t das Gesetz spricht, im Leben nur selten vorkomme, während die beschränktere Spedition oder Speditionskommission häufiger sei. Wichtiger aber ist noch, dass es einen j u r i s t i s c h f e s t e r k e n n b a r e n U n t e r s c h i e d zwischen dem Speditor, „der die Versendung von Waaren betreibt" und dem Frachtführer oder Transportunternehmer, der einen Transport übernimmt und ausführt, nicht giebt.

Es hat aber auch das Zürcher Gesetz j e d e n G r u n d d e r U n t e r s c h e i d u n g zwischen den beiden Begriffen zerstört, indem es die H a f t b a r k e i t in beiden Fällen in nahe übereinstimmender Weise feststellt. Nicht bloss der Frachtführer, sondern auch der Speditor soll nicht bloss für den verschuldeten, sondern nach § 1646 für allen Schaden haften, ausser wenn derselbe durch h ö h e r e G e w a l t verursacht wird. Mit Recht wird von B l u n t s c h l i hervorgehoben, dass das praktische Bedürfniss dahin geführt habe, den subjektiven Standpunkt der Sorgfalt, der Schuldfrage zu verlassen und die Frage der Ersatzpflicht von objektivem Standpunkte aus strenger zu beurtheilen. Im gleichen Sinne macht das Zürcher Gesetz den Speditor v e r a n t w o r t l i c h f ü r d e n Z w i s c h e n s p e d i t o r und F r a c h t f ü h r e r, ohne nach der subjektiven Schuld zu fragen und a u c h d i e s s t i m m t w i e d e r m i t d e n B e s t i m m u n g e n ü b e r d e n F r a c h t f ü h r e r i n § 1 6 5 4 überein. Wofür ist also die verwirrende Unterscheidung zwischen den beiden Instituten noch aufrecht zu erhalten?!

Das Bündner Gesetz (§ 434) versteht unter dem Spediteur im Gegensatz zum Frachtführer denjenigen, der nicht nur, wie der leztere, für den Transport, sondern auch für die Versendung, Verpackung und Aufbewahrung der Waare einsteht. (Motive von Planta, II, p. 357.) Hier trifft in gleicher Weise der Begriff des Spediteurs in der Hauptsache mit dem des Frachtführers zusammen, indem auch der Spediteur für den Transport selbst einzustehen hat. Dies ist auch der einzig feste Punkt des Begriffes; denn, was die Uebernahme der Pflicht der Versendung, Verpackung und Aufbewahrung betrifft, so fallen wenigstens die beiden letzteren sehr häufig weg, ohne dass wohl desshalb der Versender aufhört, ein Spediteur im Sinne des Gesetzes zu sein. Es wird wohl sogar meistens ein Frachtstück dem Spediteur schon verpackt übergeben werden und was die Aufbewahrung betrifft, so ist sehr häufig auch der gewöhnliche Frachtführer dazu verpflichtet, ohne dass er darum zum Spediteur wird. Was endlich die Besorgung der Versendung betrifft, so ist dieselbe auch nach dem Bündner Gesetz nur dann eine „Spedition", wenn auch die Uebernahme des Transportes damit verbunden ist. So ist aber die Spedition nichts Anderes, als eine besonders qualifizirte Transportübernahme eines Frachtführers; denn es kann und soll für den Begriff eines Frachtführers keinen juristischen Unterschied machen, ob derselbe den Transport mit eigenem Ross und Geschirr ausführt, oder aber dasselbe von einem Andern miethet oder die Ausführung des Transports vollständig einem Dritten überträgt. Ob es so oder anders geschieht, kann von zufälligen Verumständungen abhängen und soll der Natur der Sache nach

auf den Inhalt des Vertrages zwischen dem Versender und dem Spediteur keinen Einfluss haben, da dem Versender die mehr oder weniger direkte Art und Weise der Transportausführung durchaus gleichgültig ist.

Hat aber ein Spediteur die Besorgung der Verpackung, Versendung u. s. f. ohne den Transport übernommen, so liegt auch nach dem Bündner Gesetz, wie nach unserer eigenen Auffassung, eine Art von „Kommission“ vor, die wir Speditionskommission heissen.

Einen von den besprochenen Gesetzgebungen ganz verschiedenen Karakter hat die Spedition des deutschen Handelsgesetzes. Nach Art. 379 ist Spediteur „derjenige, welcher gewerbemässig in eigenem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen übernimmt.“ Nach dieser Definition übernimmt der Spediteur als solcher nicht auch den Transport selbst und ist also auch für denselben unmittelbar nicht haftbar. Nun ist aber dieser Gedanke im Gesetz nicht klar ausgesprochen; denn sonst würde auch der Gegensatz, der im Begriff des „Frachtführers“ liegt, ganz scharf hervortreten, was nicht der Fall ist. Der Art. 390 lautet: „Frachtführer ist derjenige, welcher gewerbemässig den Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern ausführt“, wobei zwischen den Begriffen von „Spediteur“ und „Frachtführer“ nothwendig eine Lücke entsteht, in welche derjenige hineinfällt, der den Transport zwar nicht ausführt, aber doch übernommen hat. Es beweisen übrigens Aeusserungen im Nürnberger Protokoll, dass man auch einen solchen Uebernehmer des Transports als Frachtführer angesehen hat; denn es

heisst z. B. auf pag. 817 u. f., es sei gleich, ob der Frachtführer den Transport selbst, durch seine eigenen Leute oder Anstalten oder durch andere Unternehmer ausführen lässt.

Auch die Bestimmungen über das Speditionsgeschäft zeigen, dass das D. H. G. nicht zur klaren Ausscheidung der beiden Verträge gelangt ist, was vielfach mit dem Fehler zusammenhängt, dass es sich mit der Person des Spediteurs beschäftigt hat, statt mit dem Vertrag. Wenn ein Kaufmann die Versendung durch Frachtführer oder Schiffer, jedoch mittelst von ihm für eigene Rechnung gemietheter Transportmittel besorgt, so ist er nach dem D. H. G. Art. 383 ein „Spediteur", nach dem oben ausgesprochenen Grundsatze aber offenbar ein Frachtführer und er soll auch nach der Natur der Sache wie ein Frachtführer haftbar sein. Er hat den Transport übernommen und nicht bloss die Besorgung der Versendung.

Als eine besondere Art von Spediteuren werden im D. H. G. noch diejenigen genannt, welche mit dem Auftraggeber oder dem Destinatär für einen festen, die Fracht- und Speditionskosten zusammenfassenden Ansatz kontrahiren, „ohne darum die Eigenschaft von Spediteuren mit derjenigen von Transportunternehmern zu vertauschen. In diesem Fall soll nach Art. 384 D. H. G. der Spediteur, wenn er auch ein solcher bleibt, gleichwohl wie ein Frachtführer für die von ihm angenommenen Zwischenspediteure und Frachtführer haftbar sein. Auch diese Bestimmung zeigt, zu welchen Komplikationen die ungenaue Scheidung zwischen Frachtvertrag und Spedition hinführt. Hat Einer den Transport gegen eine Aversionalsumme übernommen, so ist er nach unserer An-

sicht kein blosser Speditеur, sondern er ist Transportunternehmer und steht als solcher auf gleicher Linie mit dem Frachtführer. Dieser Ansicht ist auch Goldschmidt.

Aus der vorhergehenden Besprechung verschiedener gesetzlicher Systeme ergiebt sich von selbst die Tendenz des schweizerischen Entwurfs. Derselbe will statt aller der verschiedenen Begriffe von Spediteur, Transportunternehmer, Transportführer, Frachtführer, „commissionnaire pour les transports", „entrepreneur de transport", „voiturier" nur den Einen einfachen, zusammenfassenden, objektiven Begriff von Frachtvertrag. Diese Einfachheit des Begriffs ist nicht nur in sich gerechtfertigt, sondern sie hängt namentlich genau zusammen mit der Entwicklung des Transportwesens in der Neuzeit.

Das noch vor einem Jahrzehnt so lukrative Geschäft der Spedition, welchem z. B. Basel einen bedeutenden Theil seines Reichthums verdankt, verliert von Jahr zu Jahr von seiner frühern Bedeutung und zwar im Interesse eines billigern Verkehrs. Wie beim handelsmännischen Kauf die Zwischenhändler, so haben beim Transport die Spediteure die Waare vertheuert. Je grösser nun heutzutage die Strecken eines zusammenhängenden Betriebs werden, je mehr sich das Bedürfniss nach Schnelligkeit des Verkehrs geltend macht, je mehr die grossen Verkehrsanstalten, die Posten, Eisenbahnen u. s. w. in nähere Verbindung unter einander treten und sich der direkte Verkehr durch Abschluss von grossen Eisenbahnvereinen und von Anschlusskonkordaten ausbreitet, um so mehr und um so rascher sinkt die Bedeutung von Spediteuren, welche den Transport nicht übernehmen, sondern

nur vermitteln. Wenn man aber mit dem Zürcher und Bündner Gesetz unter dem Speditor einen Solchen versteht, der den Transport übernimmt und ihn selbst wie einen Frachtführer haftbar erklärt, so liegt dann kein Grund mehr vor, die Beiden juristisch zu trennen. Sie erscheinen übrigens auch im Verkehrsleben nicht mehr als zwei getrennte Berufsthätigkeiten. Es sieht sich alle Tage, dass Ein und derselbe je nach dem vorliegenden Verhältnisse entweder Spediteur oder Transportunternehmer oder selbst Frachtführer ist. Wenn der Spediteur wegen zu hohen Preisen des Fuhrmanns die eigenen Pferde anspannen lässt, so wird er zum Fuhrmann; soll darum das Geschäft, das er mit dem Versender abgeschlossen hat, Natur und Farbe wechseln? Der Geschäftskreis selbst ist wechselnd und darum auch eine persönliche Ausscheidung des Spediteurs vom Frachtführer sehr schwankend. Der Hauptspediteur, der die Andern mehr und mehr auf die Seite schiebt, zugleich aber auch der erste Frachtführer ist die Eisenbahn. Nun zeigt sich aber gerade bei dieser die Wichtigkeit der Einheit des Transportvertrages, der Einfachheit und Solidarität der Haftung. Wir fragen bei dem Transport durch eine Eisenbahngesellschaft, welche Waaren zur Beförderung angenommen hat, nicht, ob und wie weit diese Gesellschaft selbst transportirt, ob mit eigenem oder mit fremdem Material, ob sie die Waaren einer folgenden Bahn unversehrt übergeben habe oder nicht. Sie haftet und zwar nicht bloss für ihre Strecke, sondern für den ganzen Transport bis da, wohin der Frachtbrief lautet. Sie ist dem Versender gegenüber für die fremde Anschlussbahn in keinem andern Verhältnisse, als für die eigene Bahnstrecke. Im gleichen Geiste nun reihen wir auch den Spediteur in die Reihe der Transportführer.

Wir fragen auch ihn nicht, ob er den Transport selbst führt; uns kömmt es nur darauf an, zu wissen, ob er den Transport übernommen hat. Er kann ihn nun selbst ausführen oder verakkordiren oder einem Frachtführer übertragen oder endlich einem andern Spediteur zur Exekution überlassen. In allen Fällen aber haftet er in gleicher Weise, d. h. für das Ganze. Das Nähere darüber wird aus der Besprechung des Frachtvertrages selbst hervorgehen.

Von dem Frachtführer, Transportunternehmer oder Spediteur, welche den Transport übernehmen, ist nun aber der reine Speditionskommissionär zu unterscheiden, der nichts anderes ist, als ein „Kommissionär“ und als solcher im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung einen Transportvertrag abschliesst, aber ohne den Transport selbst zu übernehmen. Sowie der Verkaufskommissionär, der den Verkauf abschliesst, ohne das Delkredere zu übernehmen, dem Kommittenten in keiner Weise auch für die Bezahlung des Kaufpreises, also für die richtige Ausführung des Verkaufes haftet, so schliesst auch der Speditionskommissionär, wenn er den Transport nicht übernommen hat, bloss den Vertrag ab und haftet in keiner Weise für die Ausführung desselben. Das Geschäft des Kommissionärs ist also zu Ende, noch bevor die Spedition selbst beginnt und es ist darum auch sprachlich richtiger, wenn man diesen Kommissionär nicht als Spediteur bezeichnet. Handelt es sich aber nur um dieses Geschäft, so genügen die allgemeinen Bestimmungen über Kommission vollständig.

Schliesst endlich Einer einen Transportvertrag ab für fremde Rechnung und auch unter fremdem

Namen, oder besorgt derselbe im Auftrage des Versenders die Verpackung und provisorische Aufbewahrung, so finden auf dieses Verhältniss die Grundsätze des Mandates ihre Anwendung.

Vom Frachtvertrag.

Natur und Entstehung dieses Vertrages.

Ein Jeder, der in dieser oder jener Eigenschaft einen Transport von Gütern übernimmt, heisst nach dem schweiz. Entwurf „Frachtführer" und das daraus entstehende Rechtsverhältniss sowohl zwischen Versender und Empfänger einerseits und den Frachtführern andererseits, als auch unter diesen letztern selbst fällt unter den Begriff des Frachtvertrages. Frachtführer ist also unter Voraussetzung der Transportübernahme sowohl derjenige, der Transportmittel weder zur Verfügung hat, noch miethet, als derjenige, der den Transport mit gemiethetem Ross und Geschirr oder Leuten ausführen lässt, und endlich der gewöhnliche Fuhrmann, mit welchem die Eisenbahn auf gleicher Linie steht. Das Entscheidende ist allein die Uebernahme des Transportes, aus welcher die Haftung für denselben hervorgeht. Wir haben schon in dem vorhergehenden Abschnitt nachgewiesen, dass jede andere Scheidung höchst unsicher ist und namentlich der heutigen Entwicklung des Verkehrs gründlich widerspricht. Es bleibt uns nur noch übrig, hier einzelne Kundgebungen zu Gunsten oder doch in der Richtung unsers Systems zur Unterstützung hervorzuheben.

Schon das Zürchergesetz zeigt durch die Unklarheit der Scheidung zwischen Frachtvertrag und Spedition und durch die Gleichstellung der Haftpflicht des Frachtführers und des Spediteurs die Grundlosigkeit der beiden Begriffe. Aber auch der französische Code de commerce stellt den „commissionnaire de transport" und den „voiturier", was ihre Haftpflicht betrifft, nahezu auf gleiche Linie und hat gewiss damit auch hier das Rechte getroffen.

Die Auseinandersetzungen der Schriftsteller zeigen aber auch ausserdem, dass es immer schwieriger wird, den Begriff des „commissionnaire pour les transports" festzuhalten. Wenn derjenige „commissionnaire" heisst, „qui se charge d'un transport par terre ou par eau" (Art. 96), was ist dann die Eisenbahngesellschaft, die doch als „voiturier" angesehen wird, viel anderes, denn ein „commissionnaire"? Pardessus zählt die „entrepreneurs de transport", „qui expédient les marchandises par des individus à leurs gages" zu den „commissionnaires", warum nicht aber ebenso gut zu den „voituriers"? Mit Recht sagt endlich Alauzet in seinem Kommentar zum Code de commerce (II, p. 479), nachdem er die „courtiers de transport", die „commissionnaires" und die „entrepreneurs" unterschieden hat: „Mais, en fait, les commissionnaires sont aujourd'hui presque aussi rares pour les transports que les courtiers.... L'établissement des chemins de fer doit encore restreindre le nombre des commissionnaires proprement dits."

Unter den deutschen Schriftstellern heben wir Brinkmann hervor, welcher den Spediteur, den wir im gleichen Sinne Frachtführer heissen, folgendermassen definirt: „Spediteur heisst derjenige, welcher gewerbs-

mässig die Versendung von Waaren übernimmt. Der Spediteur kann sich ebensowohl damit beschäftigen, die Versendung dadurch zur Ausführung zu bringen, dass er dieselbe durch Vertragsschliessung mit den Fuhrleuten, Schiffern u. s. w. Namens eines Dritten vermittelt, als auch damit, die Versendung auf eigene Rechnung selbst oder durch Andere auszuführen.“ Diesem Vertrag wird dann von Brinkmann allerdings noch „der Frachtvertrag“ als eine Art Dienstmiethe gegenüber gestellt; es ist aber offenbar, dass die neuere Gesetzgebung diesen Standpunkt aufgegeben hat und den Frachtführer so auffasst, wie Brinkmann den Spediteur. Endlich sei hier noch der bernische Entwurf über den Frachtvertrag, der im Jahre 1861 von Professor G. Vogt ausgearbeitet worden ist, erwähnt, nach welchem unter „Frachtführer“ sowohl derjenige verstanden ist, welcher den Transport selbst oder durch Angestellte ausführt (Fuhrmann), als auch derjenige, welcher in eigenem Namen die Ausführung des Transportes übernimmt, aber ihn durch Fuhrleute bewerkstelligen lässt (Transportkommissionär).

Ueber die Entstehung des Frachtvertrages enthält der schweizerische Entwurf keine bindenden Vorschriften. Der Frachtbrief ist nicht eine Förmlichkeit, an welche die Existenz des Vertrages geknüpft ist, sondern es ist bloss dem Frachtführer das Recht eingeräumt, die Ausstellung eines solchen zu verlangen. Was den Inhalt desselben betrifft, so unterscheidet sich der schweiz. Entwurf dadurch von dem D. H. G. (Art. 392), dass derselbe die Unterschrift des Absenders verlangt, stimmt aber darin überein mit dem Code de commerce (Art. 102) und mit dem bernischen Entwurf (§ 2).

Dispositionsrecht des Absenders.
(Art. 290.)

Der Absender hat auch nach der Versendung noch das Recht, die Zurückgabe oder die Ablieferung der Waare an einen andern Ort oder Empfänger zu verfügen. Dieses Dispositionsrecht steht dem Versender als solchem und nicht als Eigenthümer zu und hört auf mit der Ablieferung der Waare oder mit der Einhändigung des Frachtbriefes. Es hat aber auch der Frachtführer einer solchen Verfügung dann keine Folge zu leisten, wenn er etwa bei Uebernahme der Waare zum Transport einen Empfangschein ausgestellt hat, welcher nach seiner Fassung auf einen Andern übertragen werden kann, sei es durch Indossament, sei es in anderer Weise. Durch eine solche Uebertragung ist die Waare selbst und damit auch die Dispositionsbefugniss auf einen Andern übergegangen und es kann also die letztere dem Versender nicht mehr zustehen.

Es ist unzweifelhaft, dass durch solche Contreordres, wie sehr sie auch auf der einen Seite im Interesse des Handels, auf der andern Seite aber für den Frachtführer nachtheilig sind, da leicht Verwirrung daraus entsteht. Hiegegen muss das Gesetz den Frachtführer so gut möglich schützen und das hat der schweiz. Entwurf durch seine Vorschrift gethan, nach welcher die Weisung an einen spätern Frachtführer durch Vermittlung des ersten geschehen muss. Dadurch erhält Jener die Beruhigung, dass die Weisung von berechtigter Seite herkömmt und dass er dem ersten Frachtführer gegenüber, von dem ihm die Waare zum Weitertransport übergeben

worden, gedeckt ist. Es soll aber auch eine solche Contreordre, die im Interesse des Versenders zugelassen ist, nicht auf Unkosten des Frachtführers geschehen; erfolgen darum Komplikationen daraus, wird z. B. ein Frachtstück in Folge dessen verführt oder bleibt liegen, so haftet der Frachtführer nicht auch für den Zufall, sondern es hat der Absender das Verschulden desselben zu erweisen.

Schadensersatzpflicht des Frachtführers.
(Art. 291.)

Der schweiz. Entwurf ist in der Feststellung des Grundsatzes der Schadensersatzpflicht der neueren Legislation gefolgt. Schon der franz. Code de commerce bestimmt in Art. 98 für den „commissionnaire pour les transports“: „Il est garant des avaries ou pertes de marchandises et effets, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture, ou force majeure.“ Ferner lautet der Art. 103: „Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure. Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.“ Endlich bestimmen die Art. 97 und 104 dasselbe auch für den Fall einer Verspätung des Transportes. Diese Regeln des Code de commerce stimmen aber auch mit einzelnen Vorschriften des Code civil und müssen durch dieselben ergänzt werden. Der Art. 1784 des Code civil sagt: „Ils (les voituriers) sont responsables de la perte et des avaries, ... à moins qu'ils prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure.“

Mit dem französischen Recht stimmt dem Grundsatze nach auch das deutsche Handelsgesetz (Art. 395).

Nach dem gemeinen Recht England's haftet der Frachtführer für jeden Schaden, „except the acts of God and the kings enemies."

Das Zürcher Gesetz ist der französischen Theorie gefolgt und hat die römische Theorie der Ersatzpflicht je nach dolus, culpa oder casus verworfen. Der Frachtführer ist nach § 1653 für allen Schaden verantwortlich, welchen das Gut, seitdem es übergeben ist, bis zur Ablieferung erleidet, wenn derselbe nicht Folge „höherer Gewalt" ist. Indessen befreit auch diese nicht, wenn man derselben bei gehöriger Vorsicht hätte ausweichen können.

Der bernische Entwurf schreibt in einem ersten Absatz des § 10 dem Frachtführer denjenigen Grad von Sorgfalt vor, welchen ein ordentlicher Hauswirth auf seine eigenen Angelegenheiten verwendet; in einem zweiten Satze aber wird dann in eigenthümlicher Weise dieser subjektive Standpunkt der „diligentia, quam suis rebus" ganz aufgegeben und der Frachtführer stets dann haftbar gemacht, wenn er nicht beweist, dass höhere Gewalt oder die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung den Verlust oder Schaden verursacht haben. Diese zwei Systeme vertragen sich aber nicht miteinander: nach dem ersten haftet er bloss für seine Schuld, nach dem zweiten aber auch für manchen Zufall; nach dem ersten ist der Standpunkt ein durchaus persönlicher, da die Pflicht der Haftung selbst erst aus dem persönlichen Benehmen des Fracht-

führers hervorgehen muss und die Sorgfalt sich je nach der gewöhnlichen Sorgfalt des betreffenden Individuums bemisst; nach dem letzteren dagegen ist der Standpunkt ein objektiver, insofern die Schadensersatzpflicht schon aus dem Faktum des Schadens selbst hervorgeht und das, was von jener Pflicht befreien kann, wie die höhere Gewalt und der innere Verderb, mit der persönlichen Handlungsweise des Frachtführers gar nichts zu schaffen hat.

Von den neuern uns bekannten Gesetzen hat einzig das Bündner Gesetz den subjektiven Standpunkt der Verschuldung noch festgehalten. Der Frachtführer haftet gemäss § 339 nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen für leichte Fahrlässigkeit, wird aber durch Nachweis eines reinen Zufalls der Verantwortlichkeit enthoben. v. Planta hält dafür, es sei das System des Zürcher Gesetzes rechtlich gar nicht zu begründen; es liege in der Haftung für den Zufall, von dem nur die „höhere Gewalt“ ausgenommen sei, die Uebernahme einer Art von Versicherung, die nur Gegenstand eines freiwilligen Uebereinkommens sein könne. Allein abgesehen davon, dass in Folge einer gesetzlichen Vorschrift ein solches stillschweigendes Uebereinkommen in dem Abschluss des Frachtvertrages enthalten ist, liegen gewichtige praktische Gründe vor, die Haftbarkeit des Frachtführers auszudehnen. Derselbe hat die ihm anvertraute Waare so sehr in seiner Macht, die Exekution des Transportes ist den Blicken des Versenders so ganz entzogen, und es ist gerade darum eine so schwierige Sache, einem Frachtführer sein Verschulden nachzuweisen oder seinem Beweis des Zufalls entgegenzutreten, dass die neuere Legislation mit dem Transport auch die Haftung für den Zufall auf den Frachtführer übergehen

lässt, es sei denn, der Zufall bestehe in einem eklatanten Ereigniss, welches offenkundig ist und welchem man nicht zu widerstehen im Stande ist.

So liegen denn in der That beim Transport, wenn nicht die gleichen, doch ebenso gewichtige Gründe vor, wie diejenigen waren, welche die alten Römer bestimmten, gegen die Gast- und Stallwirthe die actio de recepto mit verschärfter Haftpflicht anzuwenden. Ganz besonders ist auf den Transport durch die Eisenbahn eine sichere Anwendung von culpa oder casus fast unmöglich. Der Frachtführer besteht hier aus so verschiedenen Faktoren, dass eine culpa, wenn auch nicht bestimmt nachweisbar, doch an sehr verschiedenen Punkten liegen kann. Die Schuld kann in der Abfassung eines Reglementes liegen, das z. B. für Stellvertretung eines Maschinisten oder Bahnwärters nicht ausreichend verfügt, oder in dem Mangel an einer wachsamen Aufsichtsbehörde, oder in der Pflichtversäumniss eines Unterbeamten oder selbst in der Anlage der Bahn, in der Mangelhaftigkeit einer Maschine, einer Baute u. s. f. Welcher Richter sollte im Stande sein, über alle diese Verhältnisse mit Sicherheit zu urtheilen und da herauszufinden, ob eine Schuld vorliegt! Jedenfalls gewinnt damit in der Regel der Frachtführer selbst nicht viel anderes, denn eine lästige Beweisführung. Dagegen gewinnt die Rechtsprechung durch Eliminirung des Begriffs der culpa eine einfache und möglichst bestimmte Grundlage. Wenn aber Endemann in der oben citirten Kritik des deutschen Entwurfs (p. 150) sogar ausspricht, es sei die äusserste Gränze der Billigkeit, wenn der Transportant den Beweis der Nichtschuld führen müsse, so ist dies offenbar unrichtig. Denn es liegt in der Natur der Sache, dass der

Frachtführer, dem ein Waarenstück anvertraut worden und der nicht im Stande ist, es unbeschädigt abzuliefern, sich nicht mit der nackten Behauptung schützen kann, dass ein Zufall Schuld sei, sondern seine Behauptung auch beweisen muss.

Es ist endlich in der öffentlichen Diskussion über diese Haftfrage vom praktischen Gesichtspunkt aus hervorgehoben worden, dass die erhöhte Haftpflicht des Frachtführers kein anderes Resultat haben könne, als eine Vertheurung des Frachtlohnes und also eine Belästigung des Publikums. Endemann (p. 151) frägt sogar, wer denn bei solcher Bedrückung noch Lust haben könne, Frachtführer zu sein. Nun scheint sich aber diese Befürchtung einstweilen noch nicht zu erwahren. In Frankreich besteht schon seit Jahrzehnten nicht bloss die unbedingte Haftbarkeit mit alleiniger Ausnahme von „vice propre de la chose“ und „force majeure“, sondern ausserdem noch für die Anwendung dieses Prinzips eine exorbitant strenge richterliche Praxis. Aber auch für viele deutsche Eisenbahnen galten schon lange vor dem neuen Handelsgesetz Reglemente mit erhöhter Haftpflicht. In dem Preussischen Reglement ist selbst der Raub nicht als unabwendbarer Zufall und bei der sogenannten Versicherung auf eine höhere Summe, als 20 Thaler per Centner, kein Unfall irgend einer Art als ein Zufall erklärt worden. Nach dem Oesterreichischen Ministerialerlass von 1852 haften die Bahnen auch für den Zufall und ausgenommen sind allein Krieg, Aufstand, Raub, Kälte, Wärme, Verschulden des Versenders und Aehnliches. Das allgemeine deutsche Eisenbahnreglement erklärt den Diebstahl ohne Gewalt für ein Ereigniss, das die Bahn

abwenden konnte und für das sie also haftbar ist. Die Eisenbahngesellschaften haben aber theilweise selbst den Grundsatz subjektiver Verschuldung aufgegeben, ohne desshalb die Frachtansätze irgend erheblich zu erhöhen. Wenn übrigens auch die verschärfte Haftpflicht eine Erhöhung der Frachtansätze zur Folge hätte, so könnten wir dieses Resultat nicht beklagen. Es würde auch darin wieder eine Aeusserung der in unsern Tagen so mächtig fortschreitenden Assekuranzidee liegen, wonach sämmtliche Versender den eingetretenen Verlust oder Schaden, der den Einzelnen sehr empfindlich treffen würde, in fast unfühlbarer Weise mittragen.

Nach diesen Auseinandersetzungen wird die Haltung des Art. 291 des schweiz. Entwurfs von selbst klar. Die Redaktion hatte vorgeschlagen, statt des Ausdruckes „höhere Gewalt", den auch Goldschmidt (a. a. O. p. 113) als unklar bezeichnet, zu sagen: „unabwendbare Naturzufälle" und „offenbare unwiderstehliche Gewalt." Die Kommission hat jedoch vorgezogen, sich hier von den Gesetzgebungen der grossen Nachbarländer nicht zu trennen und den althergebrachten Ausdruck: „höhere Gewalt" in den Entwurf aufzunehmen. Wir verstehen aber darunter nicht bloss übermächtige Naturereignisse, sondern mit Bluntschli (Anmerkung zu § 1446) auch Vergewaltigungen, die von menschlicher Hand herrühren, wie Feindesmacht, Raub u. s. w. Ist endlich der Frachtführer selbst Schuld daran, dass der Transport der höhern Gewalt ausgesetzt worden ist, so versteht es sich von selbst, dass er sich nicht mehr auf dieselbe berufen kann. Im Uebrigen ist hier nicht die Stelle, die ganze theoretische Frage über den Begriff der „höheren Gewalt" einer Untersuchung zu unterwerfen.

(Vergl. die Darstellung in Koch, Deutschlands Eisenbahnen).

Eine Abweichung des Entwurfs vom D. H. G. besteht darin, dass derselbe die Verspätung mit dem Verlust und der Beschädigung eines Frachtstückes auf die gleiche Linie setzt; er ist auch hier dem einfachern Code de commerce (Art. 104) und dem Zürcher Gesetz (§ 1646) gefolgt.

Die gesetzlichen Gründe der Befreiung des Frachtführers von der Haftung sind nach unserm Entwurf die höhere Gewalt, die natürliche Beschaffenheit des Gutes und die „Schuld des Absenders oder Empfängers.“ Das D. H. G. und der bernische Entwurf nennen statt des letztern Grundes: „äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung.“ Wir halten diesen Grund für richtig, den Ausdruck aber für zu speciell. Der Code de commerce erwähnt dieses Grundes gar nicht, indem er ihn wohl für selbstverständlich ansieht. Ist er aber einmal der Vollständigkeit willen zu erwähnen, so wählen wir dafür nicht einen einzelnen Fall, sondern einen allgemeinen Satz, der in den Händen eines einsichtigen Richters zu grosser und wohlthätiger Bedeutung gelangen kann. Dass die Mängel der Verpackung, welche äusserlich erkennbar sind, den Frachtführer von der Haftung nicht befreien, halten wir im Allgemeinen für richtig; es ist da die Schuld nicht mehr auf dem Versender, sondern auf dem Frachtführer, der die Waare in dem Zustande angenommen hat. Allein es lassen sich leicht Fälle denken, wo der Versender trotz der Warnung des Frachtführers aus Gründen, die nur ihn angehen, die erkennbar schlechte Verpackung für genügend erklärt und

auf dem sofortigen Transport besteht. In einem solchen Falle sehen wir die Schuld trotz der Erkennbarkeit der Mängel auf Seiten des Versenders und sprechen den Frachtführer frei. Dieser Fall der Verschuldung steht aber auch nicht allein und wir werden auf unsere Bestimmung von der „Schuld des Versenders" bei Besprechung des Eisenbahntransportes zurückkommen, wo sie dadurch noch an Bedeutung gewinnt, dass die gesetzliche Haftpflicht der Eisenbahnen durch Privatverträge in keiner Weise verändert werden darf.

Normalsatz für Verlust an Gewicht oder Maass (Manco, Decalo). Art. 292, 293.

In fast allen Eisenbahntransport-Reglementen sind solche Normalsätze aufgestellt und schon dies spricht für ihre Nothwendigkeit. Es liegt im klaren Interesse einer raschen Abwicklung von Streitigkeiten, wenn, statt dass in jedem einzelnen Falle untersucht wird, wie viele Prozente des Verlustes der natürlichen Beschaffenheit des Gutes zuzuschreiben sind, ein Normalsatz aufgestellt wird. Der schweiz. Entwurf anerkennt nun auch die dahin zielenden Bestimmungen der Transport-Reglemente, allein ohne darum zuzugeben, dass dadurch die Rechte des Versenders, resp. Empfängers oder auch des Frachtführers verletzt werden. Der reglementarische Normalsatz ist desshalb nicht unanfechtbar; kann nämlich nachgewiesen werden, dass er der Wirklichkeit widerspricht, dass aus der natürlichen Beschaffenheit des Gutes gar kein oder ein geringerer, oder auch ein grösserer Manco gefolgt sein muss, so kommt der Normalsatz sei es dem Frachtführer, sei es dem Versender resp. Empfänger nicht zu Gute. Ausdrücklich hebt der Ent-

wurf noch hervor, dass der Normalsatz bei mehreren Frachtstücken für jedes einzelne besonders berechnet werden muss. Es versteht sich wohl von selbst, dass wenn von 50 Säcken der eine zur Hälfte leer und die andern unversehrt anlangen, von dem durch das Reglement gestatteten 1 % Manco der ganzen Sendung nicht gesprochen werden kann.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit entsteht hier aber bei dem direkten Verkehr zwischen mehrern Bahnen. Betrifft es den Verkehr auf schweizerischen Bahnen, so kann noch durch ein gemeinsames Reglement mit einheitlichen Normalsätzen geholfen werden. Anders aber ist es bei dem Verkehr mit fremden Bahnen, wie das folgende Beispiel beweist. Auf der französischen Ostbahn gelangt im Sommer eine Sendung Oel nach Basel, mit direktem Frachtbrief nach Bern. Schon in Basel erzeigt sich ein Manco von 6 % und es wird derselbe auch auf den Frachtbrief bemerkt. Die Waare wird sofort nach Bern spedirt, wo sich ein Manco von 8 % herausstellt. Der Empfänger reklamirt unter Anerkennung eines »dechet de route« von 2 %, wie ihn das Reglement der Centralbahn für nasse Güter gestattet und verlangt von dieser Bahn eine Entschädigung von 6 %. Wenn nun die Centralbahn verfällt wird und den Rückgriff gegen die französische Ostbahn nehmen will, so wird ihr diese mit Recht ihr Reglement, das natürlich auf ihrer eigenen Strecke gelten muss, entgegenhalten, nach welchem für Flüssigkeiten 6 % als Normalsatz zugelassen sind. Es ist klar, dass dadurch der abliefernden Bahn grosses Unrecht geschehen kann und die Thatsache, dass es wirklich geschieht, veranlasste den Art. 293.

Berechnung der Ersatzsumme wegen Verlust oder Beschädigung oder Verspätung.

(Art. 295 und 296.)

Am einfachsten wäre bei gänzlichem oder theilweisem Verlust die Vergütung des Fakturapreises der Waare, nicht aber auch am genauesten. Das D. H. G. hat den Grundsatz des Real-Ersatzes adoptirt und spricht von dem gemeinen Handelswerth, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Ort der Ablieferung zu der Zeit hatte, in welcher das Gut abzuliefern war. Damit ist nahe übereinstimmend das Zürcher Gesetz (§ 1658). Der schweizerische Entwurf will besonders betonen, dass es sich nicht um den Verkaufswerth handelt, in welchem das Spekulationsinteresse mitbegriffen wäre, sondern nur um den nöthigen Ankaufspreis zur Zeit und an dem Orte der Ablieferung. Diese Berechnung ist auch für die Fälle, wo nicht dolus oder grobe culpa vorliegt, durchaus billig.

Von jenem Ankaufswerthe soll aber noch in Abzug kommen, „was in Folge des Verlustes oder der Beschädigung an Fracht, Zöllen und Unkosten erspart ist.“ Wenn ich aus Frankreich ein Fass Wein erhalten soll, welches auf dem Wege ausgelaufen ist, so zahle ich keine Fracht und erspare den eidgenössischen Zoll und das Ohmgeld. Die Bahnverwaltung schuldet mir daher den Erwerbspreis, den ich hier zur Anschaffung der gleichen Qualität Wein bedarf, unter Abrechnung der Fracht und Zölle, die ich hätte auslegen müssen, wenn ich das Fass in Empfang genommen hätte. Ebenso verhält es sich dann, wenn eine Sendung nur zu einem Theile an den Bestim-

mungsort gelangt ist. Wenn von 20 Centnern nur 10 anlangen, so erhält der Frachtführer nach Art. 302 des Entwurfs nur die Hälfte des Frachtlohnes. Wenn nun der Ankauf der 10 Centner hier 5000 Franken kostet, so darf der Frachtführer von dieser Summe die Hälfte der Frachtkosten, die der Empfänger wegen des theilweisen Verlustes nicht ausgelegt hat, abziehen. Es ist wohl einleuchtend, dass wenn der bernische Entwurf auf der einen Seite in § 12 den Frachtführer zum Ersatz des vollen Werthes der Güter am Ablieferungsorte ohne Abzüge verpflichtet, und andererseits der Frachtführer den Frachtlohn für das Verlorene nicht erhält, derselbe doppelten Nachtheil erleidet; denn in dem Werthe, den er ersetzen muss, ist der ganze Frachtlohn der Waare bereits inbegriffen.

Wenn eine Waare in beschädigtem Zustande anlangt, so kann sich die Frage erheben, ob die Beschädigung eine Folge des Transportes oder ob die Waare schon vor der Versendung in beschädigtem Zustande gewesen sei. Es ist dies eine Frage der Beweislast. An sich gehört das Faktum, dass eine unbeschädigte Waare zum Transport aufgegeben worden ist, zum Klagsfundament des Versenders und eine Präsumtion besteht nicht zu seinen Gunsten. Allein es liegt auf der Hand, dass, wenn ein strenger Beweis darüber verlangt wird, in tausend Fällen das Entschädigungsrecht illusorisch wird, da nicht für jede Balle oder Kiste Zeugen beigezogen werden können. Auf der andern Seite aber wäre auch nicht gerechtfertigt, ganz unbedingt anzunehmen, es sei unbeschädigte Waare aufgegeben worden und daher dem Frachtführer den Gegenbeweis zuzumuthen; denn sonst würde die Versendung von

zerbrochenen Spiegeln zu einer vortrefflichen Spekulation. Unser Entwurf (Art. 296, 3ter Absatz) hat bei diesem Dilemma vorgezogen, die Frage dem richterlichen Ermessen anheimzustellen, welches auf die Persönlichkeit des Versenders und sonstige Verhältnisse Rücksicht nehmen kann. Das Gleiche muss auch dann gelten, wenn bei Verlust eines Collo bestritten wird, dass dasselbe wirklich die eingeklagte Waare enthalten habe. Wenn z. B. von 20 aufgegebenen Kisten 10 verloren gegangen sind und es enthalten die 10 geretteten die behauptete Waare, so wird der Richter auch ohne strikten Beweis annehmen dürfen, es sei dasselbe auch bei den verlorenen der Fall gewesen.

Reisegepäck. (Art. 298.)

Während bei den Waaren, welche mit Frachtbrief aufgegeben werden, nur für die in demselben verzeichneten Waaren Schadenersatz beansprucht werden kann, wird das Reisegepäck in der Regel ohne irgend eine Deklaration des Inhaltes oder Werthes zum Transport aufgegeben. Die Eisenbahn-Reglemente enthalten nun in der Regel einen Normalsatz für die Entschädigung und zwar bestimmt z. B. das Transportreglement für den direkten schweizerischen Verkehr (§ 32) eine Entschädigung von vier Franken für jedes Pfund des Gewichtes bei der Aufgabe, immerhin in dem Sinne, dass bei einem erweislichen Mehr- oder Minderwerth der Ersatz des wirklichen Werthes geleistet werden muss. Das Gesetz darf aber auf einen solchen Normalsatz, da er rein willkürlich aufgestellt ist und der Natur der Sache gar nicht entspricht, keine Rücksicht nehmen. Ein Normalsatz hat eine Berechtigung nur da, wo, wie dies beim Manco der

Fall ist, ein gewisses Durchschnitts-Maass des Verlustes in der natürlichen Beschaffenheit der Waare oder in den Witterungsverhältnissen liegt, nicht aber auch für den Inhalt eines Reisekoffers, dessen Werth ebenso gut nur einen Viertel, wie das Vierfache jenes Normalsatzes betragen kann. Damit soll freilich den Bahnverwaltungen nicht verwehrt sein, einen solchen Mittelsatz aufzustellen und wohl in den meisten Fällen wird er auch in friedlichem Uebereinkommen angewendet werden. Allein Richter und Gesetz kennen keinen solchen Normalsatz und es giebt keinen andern Ausweg, als auch die Frage der Entschädigung für das Gepäck in das Ermessen des Richters zu legen. Damit wird ein billigeres Resultat möglich, als durch Aufstellung von Regeln.

Diese Entscheidung bezieht sich auch auf den Fall, wo Geld, Kostbarkeiten oder Werthpapiere als Reisegepäck aufgegeben werden, da diess ohne eine Deklaration geschieht. Werden aber solche Werthe als Frachtstück aufgegeben, so ist es gerechtfertigt, vom Versender die Angabe des Inhalts oder Werthes zu verlangen und ihm andern Falles nur den Werth zu ersetzen, welcher dem Gute nach seinem äussern Ansehen beizulegen war. (Art. 297.)

Konventionalstrafe. (Art. 299.)

Ist eine solche für den Fall der Verspätung des Transportes festgestellt worden, so soll damit dem Versender oder Empfänger der schwierige Beweis, dass und wie viel Schaden er durch die Verspätung erlitten hat, erspart werden. Die Verspätung giebt ihm ohne weiteres den Anspruch auf die Konventionalstrafe, es sei denn es

fehle schon die Voraussetzung einer Pflicht zum Schadensersatz, es könne sich nämlich der Frachtführer wegen „force majeure" oder, was dieser in Art. 291 gleichgestellt ist, von jeder Haftpflicht befreien. Ausserdem aber bleibt dem Beschädigten unbenommen, einen den Betrag der Konventionalstrafe übersteigenden Schadensersatz einzuklagen und dem Richter eine übermässige Konventionalstrafe herabzusetzen. Denn es finden auch hier die Bestimmungen des allgemeinen Titels in Art. 226 und 227 ihre uneingeschränkte Anwendung.

Die Schadensersatzklagen im Falle von mehreren Frachtführern. (Art. 303 bis 307.)

Der Art. 303 des schweiz. Entwurfes normirt die Ersatzklage des Versenders, der Art. 305 die Ersatzklage des Empfängers und die Art. 304 und 306 die aus jenen Klagen entspringenden Rückgriffsrechte.

Der Versender hat eine Schadensersatzforderung wegen gänzlichem oder theilweisem Verlust des Frachtgutes und wegen Beschädigung oder Verspätung, also in allen Fällen der Schadensersatzpflicht und zwar hat der Versender diese Klage sowohl gegen den ersten Frachtführer, als gegen den bei der Entstehung des Schadens unmittelbar betheiligten Frachtführer, den wir den Schuldigen nennen. Der erste Frachtführer aber, der an dem Schaden nicht betheiligt ist, hat seinen Rückgriff gegen seinen Nachfolger, dem er die Waare noch unversehrt abgeliefert hat, oder auch direkt gegen den Schuldigen. Der rüchgriffspflichtige zweite Frachtführer hat seinerseits unter denselben Voraussetzungen wieder dasselbe Rückgriffsrecht und so geht

der Rückgriff von einem zum andern fort, bis der Schuldige hängen bleibt. Dieser einfache Gang des Rückgriffs, wie er übrigens unter den schweizerischen Bahnen schon faktisch besteht, ist durch die Bestimmung in Art. 307 noch bedeutend gefestigt worden, nach welcher von dem Frachtführer, der ein Frachtstück von seinem Vormanne ohne Bemerkung übernommen hat, angenommen wird, er habe dasselbe in gutem Zustande übernommen. Es scheint uns praktischer, für den Rückgriff eine ordnungsmässige Reihenfolge vorzuschreiben, als eine allgemeine, gleichzeitige Haftpflicht sämmtlicher Frachtführer anzunehmen. Der Versender hat unmittelbar nur mit dem ersten Frachtführer zu thun, dieser mit dem zweiten u. s. f. und wenn man etwa an den springenden Regress beim Wechsel als ein analoges Verhältniss erinnert, so ist der grosse Unterschied der, dass der Wechsel talis qualis von einer Hand in die andere geht und erst am Schlusse seiner Reise Mängel zeigt, während ein Frachtstück auf dem Transport selbst durch Beschädigung verändert wird. Darin liegt, dass man hier nicht Jeden herausgreifen kann, sondern nur Den, auf dessen Strecke diese Veränderung vorgekommen ist.

Das deutsche Handelsgesetz schreibt zwar im Art. 401 eine Haftpflicht sämmtlicher Haupt- und Zwischenfrachtführer vor; allein gerade für den wichtigsten Fall der Anwendung, nämlich den Eisenbahnverkehr, ist dann in Art. 429 eine Ausnahme gemacht. Es können nämlich die Bahnverwaltungen ausbedingen, dass beim Transport durch mehrere Bahnen nur die erste, die letzte und diejenige Bahn haften sollen, auf welcher sich der Schaden ereignet hat. Wir verwerfen alle solche Spezialkonventionen und Erlasse der Eisenbahnen über die Haftpflicht und sehen namentlich

in dem vorliegenden Falle nicht ein, warum das, was die Eisenbahnen durch Reglemente sich ausbedingen können, wenn es praktisch ist, nicht auch allgemeines Gesetz sein soll. Damit ist auch Goldschmidt in seinen Bemerkungen zum bernischen Entwurf (Zeitschr. V, p. 321) einverstanden.

Ausser dem Versender hat auch der Empfänger eine Ersatzklage und zwar wegen theilweisem Verlust, wegen Beschädigung oder Verspätung, nicht aber auch wegen gänzlichem Verlust. Dies liegt in der Natur der Sache, da es hier gar keinen Empfänger giebt, da hier der Destinatär mit dem Frachtstück, das er nicht erhalten hat, und mit dem Frachtführer in gar keiner Beziehung steht. Wie sollte er eine Ersatzklage wegen Verlust erheben können gegen einen letzten Frachtführer, wenn dieser das Frachtstück, das schon auf einer früheren Bahn verloren gegangen ist, selbst nicht gesehen hat? Kann aber der Destinatär den letzten Frachtführer nicht belangen, was ihm wegen der Nähe einzig Vortheil gewähren würde, so ist es dann besser, die Klage dem Versender zu überlassen, der auch nöthigenfalls dazu gezwungen werden kann. In allen andern Fällen einer Ersatzpflicht giebt das Gesetz auch dem Empfänger, ganz abgesehen von seinem Eigenthumsrechte, eine Klage und zwar sowohl gegen den letzten, abliefernden Frachtführer, als auch hier gegen den Schuldigen im angegebenen Sinne. Es ist klar, dass der Kaufmann durch eine Ersatzklage unmittelbar gegen den abliefernden Frachtführer den bedeutenden Vortheil gewinnt, ohne Umwege, ohne Vermittlung des Versenders, ohne Zeitverlust, ohne grosse Kosten, ohne das Risiko einer fremden Rechtsprechung zu seinem

guten Rechte zu gelangen. Der abliefernde Frachtführer kann sich nicht schützen durch den Beweis, dass er selbst das Gut schon in beschädigtem Zustande übernommen hat; hat er es übernommen, so haftet er auch unbedingt. Dagegen steht ihm der Rückgriff zu und zwar gegen den nächsten Vormann, von dem er das Gut in beschädigtem Zustande übernommen hat, ob nun dieser selbst Schuld daran sei oder nicht, und von da geht nun der Rückgriff, wie im andern Falle abwärts, so hier aufwärts, möglicherweise bis zum ersten Frachtführer.

Der bernische Entwurf, mit dem wir hier im Uebrigen einig gehen, bestimmt noch in § 20, dass die Anbringung der Klage des Absenders oder Empfängers gegen einen Frachtführer die spätere Einklagung des nämlichen Anspruchs gegen einen andern am nämlichen Transport betheiligten Frachtführer ausschliesse. Wir verwerfen diesen Satz, da es sich leicht erst während eines Prozesses, also nach Anbringung einer Klage, ergeben kann, dass der Schaden oder Verlust auf einer andern Bahnstrecke vorgekommen ist. Jener Satz kann also zu unbilliger Verkürzung von begründeten Rechtsansprüchen hinführen.

Die ganze Ordnung der Schadensersatzpflicht im Entwurfe beruht auf der heutigen Auffassung des Verhältnisses unter anschliessenden Bahnen. Es ist hier nicht unsre Aufgabe, der Sache auch den Namen zu geben, das System des Gesetzes auch juristisch zu konstruiren. Nur darauf machen wir aufmerksam, wie allerdings die Natur der Sache selbst, der direkte Verkehr durch grosse Länderstrecken hindurch zu der Auffassung hingedrängt hat, die Bahngesellschaften als in einem

grossen Verbande stehend und den Vertrag mit der ersten Bahn als auch mit allen folgenden abgeschlossen zu betrachten. In der Schweiz durchläuft ein Frachtstück in einem einzigen Tage von Chur bis Genf das Gebiet von nicht weniger denn sieben verschiedenen Bahngesellschaften. Ueberdiess stehen die schweizerischen Bahnen auch mit den auf die Schweiz einmündenden französischen und deutschen in direktem Verkehr, so dass z. B. ein Frachtstück mit Einem und demselben Frachtbrief von Paris nach Bern transportirt wird. Dies berechtigt aber zur Auffassung, dass die Bahnen, welche gemeinsam Einen Transport ausführen, mit Beziehung auf diesen in einem Verbande stehen und durch die Wirkung dieses Verbandes der Versender resp. der Empfänger nicht bloss zu dem sogenannten Hauptfrachtführer, sondern auch zu allen folgenden Bahnen in ein direktes Rechtsverhältniss tritt und darum auch diesen gegenüber direkte Ansprüche auf Haftbarkeit geltend machen kann. Von diesem Gesichtspunkte aus muss uns denn auch die Auffassung, nach welcher dem Versender nur ein Hauptfrachtführer gegenübersteht, der dann seinerseits wieder für den Zwischenfrachtführer etwa in der Weise haftbar ist, wie ein Fuhrmann für seine Knechte, als eine gesuchte und unnatürliche erscheinen. In Wahrheit tritt der Versender in Chur durch Aufgabe eines Frachtstückes zum Transport nach Genf zur Union Suisse in kein anderes Rechtsverhältniss, als zu den sechs nachfolgenden Bahnen; die Union ist eben nur die erste, dem Versender am nächsten gelegen und darum soll sich dieser in erster Linie an dieselbe halten. In Wahrheit aber giebt der Versender sein Frachtstück den sämmtlichen Bahnen auf. Wir lassen daher auch im Entwurf den künstlichen Unter-

schied zwischen Hauptfrachtführer und Zwischenfrachtführer vollständig fallen und sprechen nur von einem ersten, von einem letzten und von den übrigen Frachtführern. Die erste Bahn empfängt das Frachtstück nicht bloss in eigenem Namen, sondern auch im Namen der Anschlussbahnen. Eine jede Bahn tritt durch die Theilnahme am Transport in Einen und denselben Frachtvertrag und darum auch in Einen und denselben Haftkreis ein, dem dann unser Entwurf, gegenüber einer gleichzeitigen Haftung aller Frachtführer, eine gewisse Richtung vorgeschrieben hat. Von dieser Anschauung aus giebt der Entwurf dem Versender nicht bloss das Recht, diejenige Bahn zu belangen, der er das Frachtstück zum Transport übergeben hat, sondern auch direkt die Bahn, auf deren Strecke die Beschädigung sich ereignet hat, ferner auch dem Empfänger, der doch keinen Transportvertrag abgeschlossen hat, eine Ersatzklage unmittelbar gegen den Ablieferer oder gegen den Schuldigen, ohne sich dieselbe erst abtreten lassen zu müssen.

Wir erwähnen schliesslich, dass hinsichtlich der Haftung für die Anschlussbahnen auch die französische und die englische Praxis sich zur strengsten Auffassung bekennen. Ein direkter Frachtbrief gilt als ein Vertrag für die ganze Strecke. (Siehe Goldschmidt, Zeitschrift, IV. p. 653 u. f.)

Das Retentionsrecht des Frachtführers.
(Art. 311 bis 315.)

Wie dem Kommissionär, so steht auch dem Frachtführer für seine Forderungen ein Retentionsrecht

zu. Das D. H. G. geht weiter und giebt demselben ein Pfandrecht, das selbst nach der Ablieferung des Frachtgutes noch fortdauert, wenn es der Frachtführer binnen drei Tagen nach der Ablieferung geltend macht, und das Gut noch bei dem Empfänger oder bei einem Dritten sich befindet, welcher es für den Empfänger besitzt. Der schweiz. Entwurf dagegen hält die Natur des Retentionsrechtes fest und ein solches kann nur so lange dauern, als das Gut zurückbehalten oder in Drittmannshänden niedergelegt ist. Der Frachtführer kann den Empfänger dadurch zur Bezahlung zwingen, dass er das Frachtgut nur Zug um Zug abliefert, und dies mit Recht, da das Gut um den Frachtlohn werthvoller geworden ist. Hat sich aber einmal der Frachtführer seiner Sicherheit selbst begeben, so büsst er nicht bloss seinen Rückgriff gegen seine Vormänner ein (Art. 313), als deren Mandatar er zu betrachten ist, sondern auch sein Retentionsrecht an der Waare. Damit soll freilich durchaus nicht der Empfänger selbst seiner Schuld entbunden sein, da er nach wie vor haftbar ist (Art. 313), sondern es handelt sich nur um den Schutz von Drittleuten. Das Interesse des öffentlichen Kredits verbietet es, ein privilegirtes Pfand- und Retentionsrecht auf Güter zuzulassen, welche nicht mehr in der Gewalt des Gläubigers, sondern in den Händen des Schuldners sich befinden und darum von jedem Dritten als freies Eigenthum des letzteren angesehen werden können.

Nun könnte aber aus diesen Sätzen für den Destinatär der Waare das Unangenehme resultiren, die ihm zugesendete Waare, für welche er wegen Beschädigung derselben oder aus andern Gründen den geforderten Frachtlohn bestreitet, vor Beendigung des Streites nicht

zu bekommen und dadurch in seinem Geschäft empfindlich gestört zu werden. Der Entwurf ist aber durch den Art. 315 auch da zu Hülfe gekommen; der Empfänger soll den nicht bestrittenen Frachtlohn bezahlen und den bestrittenen deponiren und in diesem Falle muss der Frachtführer, der nun hinreichend gesichert erscheint, die Waare herausgeben.

Die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer. (Art. 316 bis 320.)

Der schweiz. Entwurf legt auf den Frachtführer eine harte Verantwortlichkeit; die Gerechtigkeit verlangt aber, dass nicht bloss nach Einer Seite hin Strenge walte. Wir haben desshalb vor Allem den Art. 105 des Code de commerce aufgenommen, welcher lautet: „La réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier." In diesem Fall bedarf es auch nach unserm Entwurfe nicht erst des Ablaufes einer Verjährungsfrist. Dieser Grundsatz soll nur dann keine Anwendung finden, wenn es sich um den Verlust oder eine Beschädigung des Frachtstückes handelt, welche bei der Ablieferung nicht erkennbar waren. Auch da soll zwar die Entdeckung ohne Verzug geltend gemacht werden; dagegen frägt es sich, innert welcher Frist die Entdeckung gemacht werden muss, um noch geltend gemacht werden zu können. Das D. H. G. (Art. 408) schreibt eine besondere Frist dafür nicht vor, beschränkt sich also auf die einjährige Verjährungsfrist. Das Zürcher Gesetz dagegen setzt in § 1663 eine Frist von dreimal vierundzwanzig Stunden fest, innert welcher ein Schaden, der bei der Ablieferung

äusserlich nicht erkennbar war, entdeckt werden muss, um den Frachtführer für denselben noch haftbar zu machen. Der bernische Entwurf (§ 29) geht noch weiter und verlangt, dass die Feststellung des Verlustes oder der Beschädigung sofort nach stattgefundener Entdeckung „und spätestens innert 48 Stunden, von der Ablieferung des Gutes an gerechnet“, nachgesucht werde.

Es scheint uns der Gedanke dieser Bestimmungen ein richtiger zu sein. Es kann dem Empfänger von Waaren nicht gestattet sein, ein Collo in sein Magazin aufzunehmen, ohne dasselbe zu untersuchen, um dann erst nach einigen Monaten in Folge der Entdeckung innerer Verderbniss Reklamationen gegen den Frachtführer zu erheben. Es ist klar, wie leicht ein solches Klagerecht Anlass bieten würde zu gefährlichem, betrügerischem Missbrauch und jedenfalls zu langwierigen, der Willkühr des Richters überantworteten Prozessstreitigkeiten. Haftet auf der einen Seite der abliefernde Frachtführer sogar *für* den Zufall und zwar auch für den, der sich nicht auf seiner Transportstrecke ereignet, so ist auf der andern Seite die Zumuthung an den Empfänger, die Waare thunlichst bald zu untersuchen, nicht zu streng. Dagegen halten wir es für zweckmässiger, keine bestimmte Frist für die Entdeckung von Verlust oder Beschädigung festzustellen. Die dreimal 24 und selbst die 48 Stunden mögen in den meisten Fällen und besonders einem Kaufmann gegenüber durchaus gerechtfertigt sein; allein die Verhältnisse sind so verschiedenartig, dass jene Fristen als bestimmte Regel gleichwohl zu kurz sind. Der Entwurf zieht daher vor, die Bestimmung der Frist im einzelnen Falle in das Ermessen des Richters

zu legen, wobei wir aber nicht verschweigen wollen, dass für diese und alle ähnlichen Fragen eine Vertretung des Handelsstandes im Gericht sehr wünschbar, ja fast nothwendig ist.

Nun fragt es sich aber bei einer Klage gegen den Frachtführer in Folge nachträglicher Entdeckung von Verlust oder Beschädigung noch um die Beweislast. Der bernische Entwurf ist auch hier dem Frachtführer am günstigsten, indem er dem Kläger ganz allgemein den Beweis auferlegt, dass die Beschädigung oder der Verlust während der Zeit von der Annahme des Gutes durch den Frachtführer bis zur Ablieferung sich ereignet hat. Wir halten dafür, diese Bestimmung gehe zu weit. Allerdings muss der Kläger beweisen, dass der Verlust oder die Beschädigung nicht erst seit der Ablieferung des Frachtgutes an ihn sich ereignet haben. Ist aber dieser Beweis als Voraussetzung seiner Klage einmal geleistet, so ist damit dasjenige Verhältniss hergestellt, welches besteht, wenn die Mängel der Waare gleich bei der Ablieferung erkannt werden, d. h. es soll dann nach Art. 296, 3ter Satz über die Zeit vor der Ablieferung der Waare das richterliche Ermessen entscheiden, insofern der Frachtführer bestreitet, dass ihm die Waare in unbeschädigtem Zustande zum Transport übergeben worden sei.

Abgesehen von den angeführten wechselnden Fristen bestehen dann aber noch, wie im Code de commerce (Art. 108) und dem D. H. G. (Art. 408) bestimmte Verjährungsfristen für die Geltendmachung der Klagen und Einreden gegen

den Frachtführer. Als Zeitpunkt, mit welchem die Verjährungsfrist bei Klagen wegen gänzlichem Verlust des Gutes zu laufen beginnt, hat unser Entwurf den Tag der Uebernahme des Gutes zum Transport gewählt, während nach dem Code de commerce, dem D. H. G. und dem Zürcher Gesetz der Tag, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen, als Anfangszeitpunkt gilt. Der Anfangstermin unseres Entwurfs ist zwar an sich besser, weil bestimmter; allein wir müssen zugestehen, dass durch denselben in vielen Fällen die einjährige Verjährungsfrist zu kurz wird und dass es bei den häufigen Rückgriffen auch gegen ausländische Bahnen am zweckmässigsten ist, dem Systeme unserer Nachbarländer zu folgen. Wir werden also in dieser Beziehung die Abänderung des Art. 318 des Entwurfes in Vorschlag bringen.

Der Transport durch Eisenbahnen, Posten und Dampfschiffe. (Art. 321.)

Die weitaus wichtigste Anwendung des Frachtvertrages bildet in unserer Zeit, wo fast alle Hauptverkehrslinien mit Eisenschienen belegt sind, der Eisenbahntransport und gerade mit Bezug auf diesen erwarten das verkehrtreibende Publikum, aber auch die Bahngesellschaften das Aufhören des jetzigen regellosen Zustandes. Wir haben schon Stimmen der letzteren vernommen, welche selbst auf die Gefahr hin, dass sehr strenge Verantwortlichkeitsgrundsätze festgestellt werden, dennoch nichts angelegentlicher wünschen, als dass nach der bisherigen totalen Rechtsunsicherheit und daherigen Willkühr der Gerichte eine feste, gesetzliche Ordnung eingeführt

werde, und zwar eine solche von möglichst einheitlichem Karakter. Es ist offenbar, dass eine heillose Rechtsverwirrung entstehen muss, wenn über die Pflicht zum Schadenersatz, über den Manco und Decalo, wenn über den Rückgriff der einen Bahn gegen die andere, über die Verjährung der Klagen gegen den Frachtführer in jedem Kanton wieder verschiedene Bestimmungen und verschiedene Fristen bestehen.

Unser Titel vom Frachtvertrag hat nun, wie wir gesehen haben, vorzügliche Rücksicht auf den Transport durch Eisenbahnen genommen. Dabei bleibt nun aber noch die wichtige Frage zu entscheiden, ob neben dem Gesetze die civilrechtlichen Bestimmungen über die Haftpflicht, die in den Eisenbahn-Reglements enthalten sind, ihre Wirksamkeit beibehalten sollen.

Die gleiche Frage ist schon unter der jetzigen Gesetzgebung vielfach aufgeworfen und es ist von einzelnen schweizerischen Gerichtshöfen mehrmals entschieden worden, das Eisenbahn-Reglement sei nicht als ein Vertrag zwischen der Bahnverwaltung und dem Absender zu betrachten und könne also die Wirkung des Civilgesetzes nicht aufheben. Dieser Ansicht ist namentlich auch die französische Jurisprudenz, die sich überhaupt durch grosse Strenge gegen den Frachtführer auszeichnet. Es werden uns mehrere Erkenntnisse französischer Gerichte mitgetheilt, welche Frachtführer verurtheilen, ungeachtet die Kisten äusserlich keine Beschädigung wahrnehmen liessen, also die Beschädigung der darin enthaltenen zerbrechlichen Waaren durch schlechte Verpackung verursacht sein konnte, und

ungeachtet in dem ausgestellten Frachtbrief die Klausel vorkam, dass für das Zerbrechen zerbrechlicher Waaren nicht gehaftet werde. Derselbe Satz wird auch auf die Bestimmungen von Bahn-Reglementen angewendet. Die Bahnverwaltungen sollen schlechthin, ungeachtet aller Klauseln haften, selbst wenn die Reglements von der Regierung genehmigt und gehörig veröffentlicht sind. Auch die Entschädigungs-Maxima sind unwirksam und zwar nach konstanter Praxis sogar da, wo durch Frachtzuschlag eine höhere Entschädigung herbeigeführt werden könnte. Alauzet (I, p. 484) sagt mit Bezug auf die Entschädigungs-Maxima der Bahnen Folgendes: „On ne peut que s'étonner de voir les entreprises de chemins de fer persister à mettre sur les bulletins délivrés par eux cette même réserve si souvent condamné... et, si c'est aller trop loin que de dire qu'elle constitue une tentative de délit, elle n'a certainement d'autre but que d'engager les voyageurs à renoncer à l'exercice du droit le plus légitime et le mieux reconnu."

Die gesetzliche Begründung dieser strengen Ansicht wird vorzugsweise hergeholt aus dem Art. 6 Code civil, nach welchem die gesetzlichen Vorschriften, „qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs", durch Verträge nicht abgeändert werden dürfen, und aus den Art. 98 und 103 Code de commerce. In Art. 98 ist nämlich für die Haftpflicht des „Commissionnaire pour les transports" bei Verlust und Beschädigung ausdrücklich gesagt: „s'il n'y a stipulation contraire", während dieser Vorbehalt in Art. 103 für den „voiturier" nicht gemacht ist, woraus e contrario geschlossen wird, derselbe sei hier ausge-

schlossen. Es liegt auf der Hand, wie schwach diese beiden Argumente sind. Wäre das erste Argument richtig, so wäre sozusagen kein Vertrag mehr sicher vor dem übertriebenen Gewicht, das man der „ordre public“ und den „bonnes moeurs“ zuschreiben will. Was das zweite Argument betrifft, so ist es offenbar viel richtiger, zu sagen, der Art. 98 Code de commerce habe mit dem Vorbehalt der „stipulation contraire“ etwas Selbstverständliches beigefügt, was im Code oft vorkömmt, als dass er für den Frachtführer in dieser gesucht indirekten Weise das allgemeine Prinzip der Vertragsfreiheit hätte aufheben wollen. Uebrigens entbehrt auch ein solcher Unterschied zwischen dem „commissionnaire“ und dem „voiturier“ jedes innern Grundes. Dass nun aber trotz so schwachen Argumenten die französische Rechtspraxis so übereinstimmend an den gezogenen Schlüssen festhält, ist ein deutlicher Fingerzeig, wie sehr die Natur der Sache, das praktische Bedürfniss für dieselben sprechen muss. Auch die Rheinische Gerichtspraxis stimmt mit der französischen überein, während dagegen die deutschen Gerichtshöfe im Allgemeinen die Beschränkungen der Haftpflicht durch die Reglemente als gültig anerkennen. Es finden sich bezügliche Urtheile theils im Auszug, theils wörtlich in „Deutschland's Eisenbahnen“ von Dr. W. Koch. Goldschmidt (Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Band IV, pag. 569 u. flg.) spricht sich ebenfalls für die Zulässigkeit von Uebereinkünften und Reglementen über die Haftpflicht aus, sowie nämlich das abzuändernde Recht nur dispositiver und nicht absoluter Natur ist; von der letzteren Art sei aber nur die Haftung bei eigenem dolus und bei eigener culpa lata, so dass selbst der Vorbehalt, für dolus und culpa lata der Angestellten nicht haften zu wollen, als gültig

anzusehen sei. Wir werden später noch Gelegenheit haben, auf die Ansichten Goldschmidt's zurückzukommen. Wir betrachten es nun aber nicht als unsere Aufgabe, in diesen schon viel erörterten Streit über das, was nach der jetzigen Gesetzgebung Rechtens ist, auch noch einen Spiess zu tragen, sondern gehen vielmehr ohne Weiteres zu der Untersuchung über, wie das durch den Entwurf neu zu schaffende Recht zu gestalten sei.

Dass es einer festen Neugestaltung bedarf, das beweisen schon die Zweifel, die vor den Gerichten überall bestehen, und noch mehr die andauernden und starken Klagen, die sich überall im verkehrstreibenden Publikum gegen die ungebührliche Herrschaft der Reglemente Luft gemacht haben. Sie mögen vielfach übertrieben sein; wir werden uns aber hier, um nicht ungerecht zu erscheinen, auf einen Vertheidiger der Gültigkeit der Reglemente berufen. Goldschmidt (Zeitschrift a. a. O. p. 635 bis 642) gesteht zu, dass die haftbeschränkenden Vorschriften der Reglemente geeignet seien, die ernstesten Bedenken hervorzurufen, und bei rücksichtsloser Durchführung den Verkehr mit den empfindlichsten Nachtheilen, unter Umständen mit völliger Rechts- und Schutzlosigkeit zu bedrohen. Die beschränkte Haftung für „leicht zerbrechliche Güter" sei gefährlich, da der Begriff viel zu dehnbar und am Ende Alles „zerbrechlich" sei. Die Beschränkung, nach welcher die Verwaltung bei Verzug der Lieferung höchstens die ganze oder halbe Fracht verlieren soll, macht jeden grossen Handelsbetrieb, jede kaufmännische Kalkulation unmöglich, wobei man namentlich an Saisonwaaren, an Lieferungsverträge mit Konventionalstrafen, an Lieferung von Maschinen für Fabriken, die inzwischen feiern müssen, zu denken hat.

Ferner sei das System der Normalentschädigung und der höhern Entschädigung infolge Frachtzuschlags mit grossen Unbilligkeiten verknüpft. Der Normalsatz sei nicht ein fester Minimal-, sondern ein Maximalsatz, so dass der Beeinträchtigte trotzdem die wirkliche Schadenshöhe beweisen muss und der Normalsatz unter allen Umständen zu Gunsten der Bahnverwaltung ist. Dazu ist dieser Normalsatz kein „mittlerer Handelswerth“, sondern ein willkührliches Pauschquantum. Goldschmidt hat damit den Klagen des deutschen Handelsstandes, die so weit gehen, zu sagen, „dass bei tausend und abermals tausenden von Beschädigungen an werthvollen Gütern Niemand mehr wagt, sein Recht zu suchen“, den berechtigten Ausdruck verliehen und das deutsche Handelsgesetz hat nun denselben, trotz der geschlossenen Opposition der Eisenbahnverwaltungen, wenigstens theilweise Abhülfe verschafft. In der Schweiz sind die Klagen in den letzten Jahren in Folge von anerkennenswerthen Concessionen selten und ruhiger geworden; nach einzelnen Urtheilen zu schliessen, scheinen sogar die Gerichte in ihrem Bestreben, das Publikum gegen die Bahnverwaltungen zu schützen, oft selbst über das Maass der Billigkeit hinausgegangen zu sein. Da ist nun der Zeitpunkt günstig, das ganze ausgedehnte Rechtsverhältniss, das aus dem Eisenbahntransport sich bildet, endlich in feste, wohlgeschiente gesetzliche Bahnen zu lenken.

Der schweizerische Entwurf will ein festes System der Haftung, das aber nicht bloss in der Theorie, sondern auch im Leben herrschen soll. Darum erklärt er in Art. 321 jede vereinbarte Veränderung der gesetzlichen Haftbestimmungen und also besonders die in den Transportreglementen enthaltenen für ungültig. Ohne

diese Bestimmung würde in Wirklichkeit nicht das Gesetz herrschen, sondern das Reglement der Bahnverwaltungen, da es unzweifelhaft diese nicht unterlassen würden, die strenge Verantwortlichkeit des Gesetzes zu mildern. Nun verletzt zwar unsere Bestimmung den Grundsatz der Vertragsfreiheit und es frägt sich vor Allem, ob dies in unserm Falle gerechtfertigt sei.

Es ist schon viel von dem Monopol gesprochen worden, das die Eisenbahnen vom Staate besitzen und welches das Publikum zwinge, sie als Transportanstalten zu benutzen. Man hat sogar mit dem gleichen Beweiszweck die Eisenbahnen „delegirte Staatsanstalten" geheissen, wobei wir freilich nicht einsehen können, warum die Reglemente von solchen „delegirten Staatsanstalten" weniger Kraft haben sollten, als diejenigen einer gewöhnlichen Privatanstalt. Aber auch das vom Staate ertheilte Monopol, das die Eisenbahnen zur Ausschliessung von Parallelbahnen gewöhnlich, aber doch nicht immer besitzen, ist es nicht, was zur Beschränkung der Vertragsfreiheit berechtigt, sondern es liegt die eigenthümliche Stellung der Eisenbahn zum Publikum ganz einfach in dem Faktum, dass in derselben Richtung nur Eine Bahn oder doch jedenfalls nicht mehrere vorhanden sind. Das liegt nicht am Staate oder an einem Rechte, das von daher stammt, sondern in der Natur der Verhältnisse, wie sie an sich sind und wohl auch bleiben werden. In jenem Faktum liegt nun zwar allerdings kein absoluter Zwang, weil, wie Goldschmidt sagt, Niemand verhindert sei, sich der alten Rollfuhr oder einer Wasserstrasse zu bedienen; es bestehe also für den Versender immer noch eine gewisse Freiheit, sich den Reglementsbedingungen der Bahn zu entziehen. Allein diese Freiheit ist nicht viel grösser, als wenn der Reisende,

der von einem Strassenräuber angefallen wird, die Freiheit behält, auf Kosten seines Lebens die Börse zu behalten. Es ist doch klar, dass der Kaufmann, der mit Andern konkurriren und nicht zu Grunde gehen will, wie Andere auch die Eisenbahn als Transportmittel benutzen muss, und sobald er dies nach den vorliegenden Verhältnissen thun muss, so ist natürlich auch sein Frachtverhältniss zur Bahn nicht das Resultat einer freien Uebereinkunft, sondern es hängt dasselbe von der Willkühr der letztern ab. Da ist aber von einem wirklichen Vertrage im wahren Sinne nicht mehr die Rede, ob nun die Bahn gleich für alle Fälle ein Reglement aufstelle oder aber Bedingungen für den einzelnen Fall. Man wird einwenden, es liege ein Schutz gegen die Reglemente in der obrigkeitlichen Genehmigung derselben. Allein es kann der Schutz von Civilrechten nicht in die Hände einer Administrativbehörde, die keine gesetzgebende Gewalt hat, gelegt werden, abgesehen davon, dass der Staat auch selbst Bahneigenthümer sein kann, und in diesem Fall eher seine fiskalischen Interessen, als das Wohl des Publikums im Auge hat. Wir schliessen dahin, eine Uebereinkunft mit der Bahnverwaltung oder die ausdrückliche oder stillschweigende Annahme eines Reglements derselben entbehrt nicht unmittelbar juridisch, wohl aber faktisch des wahren Fundaments jedes Vertrages, der vollen Freiheit der Wahl, und es sei darum gerechtfertigt und Angesichts der vielen eingetretenen Missbräuche und der entstandenen Rechtsverwirrung eine Wohlthat, wenn der Entwurf mit Einem Satze alle Reglemente, Verträge, Klauseln über die Haftverbindlichkeit der Bahnverwaltungen, wenn sie auf den Vortheil der letztern abgesehen sind, für unwirksam erklärt. Sind sie zum Vortheil des Versenders oder Em-

pfängers, so passen alle die angeführten Gründe nicht mehr; denn die Bahnverwaltung handelt doch offenbar mit freiem Willen, wenn sie ihre Haftpflicht über die des Gesetzes hinaus erhöht.

Zur vergleichenden Würdigung des von unserm Entwurfe gewählten Systems wird es zweckmässig sein, zu sehen, in welcher Weise unsere Frage, die überall nahezu dieselbe ist, in andern Ländern gelöst worden ist. Wir haben bereits gesehen, dass in Frankreich, trotz dem Stillschweigen des Gesetzes, die Jurisprudenz und die Wissenschaft sich im Allgemeinen zu dem von uns adoptirten System bekennen, wobei wir aber nicht verschweigen wollen, dass gleichwohl in einzelnen Fragen abweichende Meinungen sich geltend machen. So sprechen sich Troplong und Duvergier für die Gültigkeit der stipulirten Entschädigungsmaxima aus, wenn durch Frachtzuschlag eine höhere Entschädigung erlangt werden könnte. Es ist hier auch erwähnenswerth, dass in Frankreich auf vielen Bahnen je nach Konvention mit dem Versender entweder mit oder ohne Garantie spedirt wird. Es ist uns unter Anderm bekannt, dass auf der Strecke von Marseille nach Belfort der Frachtlohn, wenn der Transport „avec garantie" übernommen worden ist, Fr. 74. 45, wenn „sans garantie", Fr. 43. 75 beträgt, also der Unterschied sehr bedeutend ist. Die Gerichte werden diese Klausel „sans garantie" nicht respektiren; dessen ungeachtet wird dieselbe in der Praxis fortbestehen, weil die Handelswelt dabei selbst interessirt ist, sich an dieselbe zu halten, um einer so bedeutenden Frachterleichterung nicht verlustig zu werden. In dieser Weise könnten solche Klauseln auch nach unserm Entwurf, wenn auch nicht vor dem Gericht, doch

faktisch unter der Obhut gegenseitigen Vertrauens zwischen Bahn und Publikum wirksam sein.

Noch belehrender aber scheint es uns, einen Blick auf die Systeme Englands und Deutschlands zu werfen, in welchen beiden Ländern nicht bloss die Praxis, sondern die *Gesetzgebung* zu einem Abschluss in der Frage gelangt ist.

In *England* hat das *Gesetz vom 10. Juli 1854*: „an act for the better regulation of the traffic on railways and canals" unsere Frage in einer Weise gelöst, die prinzipiell eine glückliche zu nennen ist. Nach dem frühern englischen Recht war jede Uebereinkunft über die Haftpflicht gültig. Nun soll nach dem neuen Gesetz eine reglementarische Beschränkung der Haftpflicht zwar nicht allgemein ausgeschlossen, aber doch nur dann wirksam sein, wenn sie *nach dem Ermessen des Richters als gerecht und angemessen* („*just and reasonable*") angesehen werden muss. Ausserdem ist das System der *Normalentschädigung mit Deklaration und Frachtzuschlag* ausdrücklich adoptirt; das Gesetz bestimmt übrigens selbst auch eine Anzahl von Normaltaxen, z. B. für Thiere. Was nun den Hauptgrundsatz des *richterlichen Ermessens* betrifft, so ist derselbe prinzipiell der richtigste, da es allerdings auf den *einzelnen Fall* ankömmt, um zu wissen, ob in der Beschränkung der Haftpflicht durch das Reglement ein Zwang oder aber ein billiger Gedanke gelegen sei, während *unser* System den Knoten nicht eigentlich löst, sondern durchhaut. Allein wir sind überzeugt, dass die *Ausführung* jenes Gedankens, das richterliche Ermessen frei walten zu lassen, dem gewollten Ziele der Gerechtigkeit und Angemessen-

heit bei uns wenigstens sehr oft nicht entsprechen würde. Unser Richter steht dem Leben so nahe, dass ohne Gefahr nicht allzuviel seinem Ermessen anheim gegeben werden darf. Hat er ein festes Gesetz zur Richtschnur, so wird er dasselbe respektiren; ist er aber auf sein eigenes Ermessen angewiesen, so mischen sich fast nothwendig Rücksichten und Sympathien ein, die den Blick für das Gerechte und Angemessene trüben. Dazu kömmt, dass sich jedenfalls eine ausserordentliche Ungleichheit der Rechtsprechung zeigen würde, die der Rechtssicherheit und der Achtung vor dem Gesetze Eintrag thäte. Wir haben aber in der Schweiz bei unsern vielen Bahnen und vielen Gerichtshöfen vor Allem eine feste, sichere Einheit nöthig. Wir konnten uns aus diesen Motiven nicht zum englischen Systeme entschliessen.

Eine andere Lösung der Frage hat uns das neue deutsche Handelsgesetz gebracht. Nach demselben (Art. 423) können allerdings die gesetzlichen Bestimmungen über die Haftpflicht zum Vortheil von Eisenbahnen im Allgemeinen weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Dann aber folgt in den Art. 424–430 die Aufzählung einer Anzahl von einzelnen Fällen, für welche bestimmt ist, was für Abweichungen vom Gesetze von den Eisenbahnen ausbedungen werden können. Dieser Zusatz ist erst in Folge der Reklamationen der deutschen Bahnverwaltungen durch die dritte Lesung in den Entwurf gekommen und Goldschmidt nennt ihn auch mit Recht einen „Kompromiss". Wir sind auch diesem Vermittlungssystem nicht gefolgt; wir halten es für einfacher, statt den Bahnverwaltungen zu gestatten, gewisse Erleichterungen auszubedingen, was

dann natürlich in der Regel geschieht, dieselben, soweit sie billig sind, gleich von vorneherein durch das Gesetz zuzugestehen. Wir werden nachweisen, dass diess allerdings mit Bezug auf einzelne Fälle, für welche das D. H. G. gestattet, Abänderungen auszubedingen, durch unsern Entwurf geschehen ist.

Nach Art. 424 D. H. G. kann in Ansehung der Güter, welche nach Vereinbarung mit dem Absender in *unbedeckten Wagen* transportirt werden, bedungen werden, „dass für den Schaden nicht gehaftet werde, welcher *aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr* entstanden ist.“ Wir glauben nun, dass sich diese Verminderung der Haftpflicht nach Art. 291 des schweiz. Entwurfs in den meisten Fällen von selbst versteht. Will nämlich der Absender, um sich Kosten der Verladung oder eine Verzögerung zu ersparen, ausdrücklich den Transport in unbedeckten Wagen, für den vielleicht auch ein geringerer Frachtsatz besteht, vor sich gehen lassen, während er die Waaren auch anders transportiren lassen könnte, so halten wir den Richter für verpflichtet, zu erklären, dass der Schaden, der von *dieser* Transportart herrührt, „*durch die Schuld des Absenders entstanden ist*“ und daher nach Art. 291 nicht vom Frachtführer ersetzt wird.

Nach Art. 424, Ziffer 3 des D. H. G. kann in Ansehung der Güter, deren Auf- und Abladen nach Vereinbarung mit dem Absender vom diesem besorgt wird, bedungen werden, „dass für den Schaden nicht gehaftet werde, der *aus der mit dem Auf- und Abladen oder mit mangelhafter Verladung* verbundenen Gefahr entstanden ist.“ Auch hier nehmen wir eine *Schuld des Absenders* an und machen diesen und nicht

den Frachtführer dafür verantwortlich. Dasselbe gilt auch noch in andern Fällen, die das D. H. G. anführt, wie z. B. wenn der Absender ein Frachtstück mit ausdrücklicher Erklärung unverpackt zum Transport aufgibt. Endlich ist auch bezüglich von Frachtgütern, welche nach ihrer natürlichen Beschaffenheit einer besondern Gefahr ausgesetzt sind, wie Bruch, innerer Verderb u. s. w., so viel unzweifelhaft, dass, wenn der Schaden aus dieser natürlichen Beschaffenheit entsteht und nicht etwa aus der Sorglosigkeit des Frachtführers, der letztere nicht haftbar ist. Wenn dann aber das D. H. G. für alle Fälle die Präsumtion aufstellt, dass ein eingetretener Schaden, wenn er aus der nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte, aus derselben auch wirklich entstanden ist, so geht es hierin offenbar zu weit und stellt das ganze System der Haftpflicht des Frachtführers auf den Kopf.

Was sodann die in Art. 426 D. H. G. gestattete Festsetzung eines bestimmten Normalsatzes für den natürlichen Verlust an Gewicht oder an Maass betrifft, so anerkennt, wie wir früher gesehen haben, auch der schweiz. Entwurf einen solchen, und zwar nicht bloss für die Eisenbahnen, sondern für jede Art des Transportes in gleicher Weise. Dagegen haben wir den Normalsatz für den Werth eines zu ersetzenden Frachtgutes und für den Schaden bei Verspätung, welchen das D. H. G. in Ermanglung einer vorherigen Angabe des Werthes oder des Interesses zulässt, als unverbindlich erklärt. Damit verlieren nun namentlich die bezüglichen Bestimmungen des schweizerischen Transport-Reglementes für den direkten Güterverkehr von 1862 (§ 32 und § 63, Ziff. 3) ihre zwingende Kraft. Nach § 63 desselben

sind nämlich die Verwaltungen nur dann zu einem Fr. 1500 für den Zentner übersteigenden Schadensersatz verpflichtet, wenn die fragliche Sendung als „Eilgut" aufgegeben oder wenn in dem Frachtbrief eine Werthdeklaration von mehr als Fr. 1500 für den Zentner vorgemerkt worden ist.

Was in der vorhergehenden Ausführung enthalten ist, bezieht sich endlich nach dem schweiz. Entwurf in gleicher Weise auch auf den Transport auf Dampfschiffen und durch die Postanstalten. Es besteht zwar bei diesem Transport nicht ein so vollständiger Mangel an Konkurrenz für dieselben Strecken; allein es sind die Dampfbootfahrten und die Posten in direkt anschliessendem Verkehr mit den Eisenbahnen, ohne durch Spediteure verbunden zu sein; die Post hat das Monopol und die Dampfschiffe sind sogar oft im Betrieb von Eisenbahnverwaltungen. Dies Alles rechtfertigt die Gleichstellung genügend. Auch das englische Gesetz von 1854 spricht von „railways and canals".

Wir halten es namentlich für durchaus nothwendig, dass auch die eidgenössische Post sich der Haftpflicht des Entwurfes unterwerfe. Soll unser fest geschlossenes, durch keine Reglemente durchbrochenes und geschwächtes System der Haftpflicht, das im hohen Interesse des Verkehrs liegt, gegenüber den Transportanstalten wirksam sein, ohne aber andererseits gegen einzelne derselben die verwerflichste Ungerechtigkeit zur Folge zu haben, so darf in der Kette der Rückgriffspflichtigen kein Ring fehlen. Wenn ein Frachtgut in Paris der französischen Ostbahn zur Spedition nach Italien

übergeben wird und dasselbe über den Gotthard verloren geht, so haftet dem Versender die Ostbahn für den vollen Werth des Gutes. Die Ostbahn hat einen berechtigten Rückgriff auf die schweiz. Centralbahn, und diese gegen die Dampfschifffahrtsgesellschaft auf dem Vierwaldstättersee. Auch diese hat das Frachtgut unversehrt in Flüelen der eidgenössischen Post übergeben und soll nun, nachdem sie der Centralbahn gegenüber gehaftet hat, gegen die Post nur einen auf kleine Summen beschränkten Rückgriff ausüben können? Darin liegt eine so flagrante Verletzung materiellen Rechtes, dass es gegen die Ehre der Eidgenossenschaft verstossen würde, nachdem unter ihren Auspizien ein neues festeres Rechtsfundament gelegt worden ist, unter Missachtung desselben ein unbilliges, rein fiskalisches Gesetz über die Haftpflicht der Post aufrecht zu erhalten. Wir halten diese Erwägung bei dem hohen Sinn unserer Bundesbehörden für so entscheidend, dass es nicht nöthig ist, auch noch die Frage der K o m p e t e n z der letzteren zur Legislation über die civilrechtliche Haftpflicht der eidg. Post aufzuwerfen.

Von der Versicherung.

Es ist schon vielfach behauptet worden, es gehöre die Versicherung nicht in unsern Entwurf, und zwar besonders davon ausgehend, dass der Versicherungsvertrag nicht ein kaufmännischer Vertrag sei. Vor Allem machen wir aufmerksam, dass unser Entwurf selbst nicht einen rein handelsmännischen Karakter hat, keine spezifischen Handelsgeschäfte kennt, und z. B. den Kauf im Allgemeinen und nicht allein den Handelskauf behandelt. Allerdings beschränkt sich der Entwurf auf diejenigen Verträge, welche für den Handelsverkehr am wichtigsten sind und daher der Einheit am meisten bedürfen; allein das letztere lässt sich gerade von der Versicherung in hohem Grade behaupten. Die Versicherung ist eines der wichtigsten Hülfsgeschäfte des Handels und gehört jedenfalls so gut in unsern Entwurf, als der Frachtvertrag; denn auch der Waarentransport ist an sich kein Handelsgeschäft, sondern nur ein Hülfsgeschäft des Handels. Zu dem Gesagten kömmt die praktische Rücksicht, dass in den meisten Kantonen eine Gesetzgebung über die Versicherung zur Stunde noch gänzlich fehlt, daher eine Einheit auf geringe Schwierigkeiten stossen würde und endlich ist klar, dass

eine Einheit in dieser Materie, da die Wirksamkeit fast aller Versicherungsgesellschaften über die kantonalen Gränzen weit hinausgeht, in der Natur der Sache gelegen ist.

Eine weitere Frage geht nun aber dahin, in welchem Umfange Bestimmungen über die Versicherung aufzunehmen seien. Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten von 1859 hat sowohl die Versicherungen im Allgemeinen, als auch die einzelnen Versicherungsarten im Speziellen behandelt. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch dagegen, dessen Berathung der Preussische Entwurf zu Grunde gelegt worden ist, hat den Titel über die Versicherung fallen gelassen und spricht nur im Seerecht von der Seeversicherung. Unser Entwurf endlich hat, wie wir zeigen werden, ein Mittelsystem gewählt. Es ist nun wichtig, zu wissen, aus welchen Motiven der Titel über die Versicherung von der deutschen Conferenz in Nürnberg gestrichen worden ist. Es wurde auf derselben geltend gemacht, die Aufstellung von allgemeinen Grundsätzen über die Versicherung sei sehr schwierig, ja fast unmöglich, man könne höchstens dazu gelangen, lose, nichtssagende allgemeine Bestimmungen aufzustellen. Wollte man aber weiter gehen und genauere Bestimmungen treffen, so würde man Gefahr laufen, Unausführbares zu beschliessen, jedenfalls die weitere Entwicklung dieses Institutes zu hemmen, indem man die Interessenten nöthige, in allen Fällen und unter allen Umständen und für alle Zeit gleichmässig zu verfahren, was ganz unthunlich sein dürfte. Nur das holländische Gesetzbuch enthalte ähnliche Bestimmungen; wo aber

Gesetze fehlten, da reichten die Statuten der Gesellschaften regelmässig aus und diese würden in den meisten Staaten vor der Zulassung von den Staatsbehörden geprüft, so dass auch das Publikum dadurch sichergestellt sei.

Wir stimmen den meisten dieser Erwägungen bei. Wir halten es auch für nahezu unmöglich, diese Materie im Einzelnen zu normiren, ohne entweder zu vielen nichtssagenden Bestimmungen zu gelangen, wie das Zürcher Gesetz, oder aber die freie Gestaltung und Entwicklung des Versicherungsgeschäftes ernstlich zu gefährden. Die Versicherung ist gerade in unserer Zeit in einer so reichen Entwicklung begriffen, dass sich nur mühsam eine Norm finden lässt, die überall passt und die auch in der Zukunft nicht zu eng ist. Nun aber ist nach den Erfahrungen, die ganz Europa hinter sich hat, kein Gesetz viel besser, als ein Gesetz, das der künftigen Entwicklung nicht freien Athem lässt. Das Prinzip der Versicherung ist ein ökonomisch gesundes und ein wahrhaft humanes. In der Schweiz sind die Versicherungsgesellschaften noch jüngeren Datums; aber von Jahr zu Jahr mehren sich die Summen der Feuer-, Hagel-, Transport-, Lebens- und Todesversicherung in ausserordentlicher Weise. Es zeigen sich auch Anfänge von neuen Arten der Versicherung, wie z. B. der Kreditversicherung; es liegen vor uns die Statuten einer im letzten Jahre in Genf projektirten Gesellschaft: „La garantie du commerce, société genevoise d'assurance mutuelle *contre les pertes résultant des ventes à crédit* faites par tous les négociants du canton de Genève à des acheteurs établis dans la Confédération suisse."

Welches ist nun aber die Aufgabe des Gesetzes? Nach unserer Ansicht nicht die, die verschiedenen Arten

der Versicherung mit dispositiven Bestimmungen zu definiren und zu ordnen; denn diese Aufgabe wird besser durch die Statuten der Gesellschaften gelöst, während der Gesetzgeber da leicht eine ungeschickte Hand haben könnte. Bestimmungen des Gesetzes für den Fall des Stillschweigens geschlossener Verträge sind nothwendig da, wo einzelne Privaten unter sich kontrahiren, weil ihre Verträge in der Regel lückenhaft sind; bei dem Versicherungsgeschäft dagegen steht in der Regel auf der einen Seite eine wohl organisirte Gesellschaft, welche durch weitläufige Statuten den Inhalt der von ihr abzuschliessenden Versicherungsverträge zum Voraus und in allgemein reglementirender Weise festsetzt. Die Aufgabe des Gesetzes kann daher hier nur die sein, prohibitive Bestimmungen aufzustellen, welche der freien Convention der Contrahenten nicht überlassen sind und daher auch durch diese nicht abgeändert werden dürfen. Der wichtigste Artikel dieses Titels ist daher der letzte, Art. 347, nach welchem die Bestimmungen des Gesetzes durch Vertrag nur insoweit ausser Kraft gesetzt werden können, als es vom Gesetz ausdrücklich gestattet ist, und dem Vertrage sind die statutarischen Bestimmungen von Versicherungsanstalten und Gesellschaften gleichgesetzt. Danach haben fast alle Bestimmungen des Titels absoluten, unabänderlichen Karakter. Die ausnahmsweisen Bestimmungen, bei denen im Entwurfe die Vertragsfreiheit vorbehalten ist, werden wir am Schlusse besprechen. Hier handelt es sich nun darum, die Hauptrücksichten zu bezeichnen, welche den Entwurf zur Aufstellung absolut bindender Regeln geführt haben. Die eine Rücksicht ist die Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung („ordre public“) und die andere ist der von der Natur der Sache

im Interesse der Billigkeit geforderte Schutz des Versicherten.

Die öffentliche Ordnung verlangt, dass die Versicherungssumme den vollen Werth des versicherten Gegenstandes nicht übersteige. (Art. 327 bis 331. Vergl. auch Art. 790 D. H. G. und § 1709 Zürcher Gesetz). Daraus geht das Recht jedes Betheiligten hervor, sowohl Herabsetzung der Ueberversicherungssumme, als die Verminderung der Prämie zu verlangen. Die Versicherung über den vollen Werth hinaus würde zu unwürdiger, betrügerischer Spekulation verleiten und widerstreitet dem Prinzip der Versicherung. Es hat die Furcht vor jener Gefahr viele Versicherungsanstalten bewogen, nur eine Quote des vollen Werthes zu versichern; es ist von selbst klar, dass solche Bestimmungen durch unsern Entwurf nicht ausgeschlossen sind, da dieser ja nur ein Maximum aufstellt.— Unter dem vollen Werth ist aber gewiss ganz richtig nicht der Werth gemeint, den die zu Grunde gegangene Sache an sich gehabt oder den sie gekostet hat, sondern die Summe, die nöthig ist, um sich eine Sache gleicher Beschaffenheit wieder zu verschaffen; denn darum handelt es sich gewöhnlich für den Versicherten, und soweit ist also die Versicherungssumme gültig. Ist ein Gegenstand schon versichert, aber nicht zum vollen Werthe, so ist eine spätere Versicherung für das noch Fehlende gültig, immerhin in dem Sinne, dass damit nur ein Maximum festgesetzt ist und also die Statuten frei sind, eine solche spätere Versicherung noch mehr zu beschränken. — Hat ein Versicherungsnehmer wissentlich einen höhern, als den vollen Werth des Versicherungsgegenstandes angegeben, so verlangt die öffentliche Ordnung, die interessirt

ist an der Wahrheit der Angaben des Versicherten, dass dieser einen Nachtheil empfinde; hat er wegen Ueberversicherung höhere Prämien bezahlt, so soll er trotz Herabsetzung der Summe das zu viel Bezahlte nicht zurückfordern können (Art. 332).

Dasselbe öffentliche Interesse an Treu und Glauben, deren der Versicherungsvertrag ganz besonders bedarf, hat auch die Bestimmungen der Art. 333 bis 335 veranlasst, welche nahezu mit dem Art. 789 des D. H. G. über Seeversicherung übereinstimmen.

Dahin gehört endlich auch die in Art. 324 dem Versicherungsnehmer auferlegte Pflicht, dem Versicherer bei dem Abschluss des Vertrages alle ihm bekannten erheblichen Umstände mitzutheilen. Diese Pflicht soll auch nach Art. 325 nicht dadurch umgangen werden können, dass ein Anderer, als der Versicherte, aber für des Letztern Rechnung, die Versicherung abschliesst; nicht nur muss der Versicherungsnehmer die ihm selbst, sondern auch die dem Versicherten bekannten Umstände der Wahrheit gemäss mittheilen. Daran schliesst sich sodann die Frage, welches die gesetzlichen Folgen des Verschweigens oder der unrichtigen Mittheilung von bezüglichen Umständen sind. Dass es Aufgabe des Gesetzes selbst ist, die Sanktion jener Pflicht zur Wahrheit auszusprechen und dies der Convention der Partheien, resp. den Statuten der Anstalten nicht überlassen werden darf, werden wir später zu begründen versuchen. Hier ist die Frage die, wie weit die Verletzung der Wahrheit oder das Verschweigen von Umständen auf die Gültigkeit der Versicherung Einfluss

haben soll. Da steht oben an der Grundsatz, dass eine unredliche, dolose Handlungsweise den Versicherten seiner Rechte aus dem Vertrage beraubt (Art. 326). Je leichter es für den Versicherungsnehmer ist, betrügerische Angaben zu machen, um so gefährlicher ist es auch, und da ist einleuchtend, dass das Gesetz nach dieser Seite hin dem Versicherer den möglichst weiten Schutz angedeihen lassen muss. Jede Rücksicht für den Versicherten muss schwinden, sobald er selbst das in ihn gesetzte Vertrauen, ohne welches das Versicherungsgeschäft nicht bestehen kann, absichtlich missbraucht hat. Das bezieht sich aber nur auf den eigentlichen Dolus und begreift nicht auch Nachlässigkeit und Leichtsinn. Ist ein Dolus nicht vorhanden, so unterscheidet unser Entwurf in Art. 326 ganz einfach, ob die verschwiegenen oder unrichtig mitgetheilten Umstände von der Art sind, dass der Versicherer bei Kenntniss des wahren Sachverhalts die Versicherung gar nicht abgeschlossen hätte, oder ob dies nicht der Fall ist. Im erstern Falle, wenn also z. B. der Betrieb einer feuersgefährlichen Fabrikation in einem Etablissemente verschwiegen worden ist und die Statuten bestimmen, dass Gebäude mit dieser Fabrikation gar nicht versichert werden, so ist der Vertrag für den Versicherer unverbindlich. Sind es aber Umstände, welche nach den Statuten nur die Prämie erhöhen, so soll es darauf ankommen, ob der eintretende Schaden auch wirklich mit jenen Umständen im Zusammenhange steht. Ist z. B. bei Versicherung eines Gebäudes aus Nachlässigkeit die Nähe einer Pulvermühle verschwiegen worden, welche hätte mitgetheilt werden sollen, und es geräth das Gebäude in Folge der Explosion dieser Mühle in Brand, so ist der

Versicherer zur Bezahlung der Versicherungssumme nicht verpflichtet; er ist es hingegen, wenn das Gebäude ganz unabhängig von jener Pulvermühle in Brand geräth. Es wäre ungerechtfertigt, den Versicherer auch hier, wo ihm aus dem Verschweigen jener Thatsache gar kein Nachtheil erwächst und der eingetretene Schaden mit demselben nicht zusammenhängt, von seiner Versicherungsschuld zu befreien. Im andern Falle dagegen hat der Versicherte seinen Schaden selbst zu tragen, weil er diejenige Gefahr, die dann eintrifft, nicht genannt hat; denn gegen diese hat er sich in Wahrheit nicht versichert.

Endlich gehört in die Kategorie von Bestimmungen, welche durch die öffentliche Ordnung diktirt sind, auch diejenige des Art. 344 des Entwurfs über die Todesversicherung auf das Leben einer dritten Person. Es ist nicht nur gefährlich, sondern auch entschieden „contra bonos mores", dass ein Versicherungsnehmer auf den Tod eines beliebigen Dritten ohne dessen Bewilligung spekulirt. Die Versicherung auf das Leben einer dritten Person verliert diesen unsittlichen Karakter nur dann, wenn der Versicherer an dem Fortleben der dritten Person ein Interesse hat, sei es ein moralisches oder ein ökonomisches; es kann aber auch der Gläubiger auf das Leben seines Schuldners nur bis auf den Betrag seiner Forderung Versicherung nehmen. Eine gleichartige Bestimmung findet sich auch im Zürcher Gesetz (§ 1756) und im Preussischen Entwurf (Art. 380). Nach dem Letztern können nur Eltern, Kinder, Ehegatten oder Verlobte das Leben ihrer Kinder, Eltern, des andern Ehegatten oder Verlobten versichern lassen. Diese Beschränkung findet aber in

dem Falle nicht statt, wenn das Leben des Dritten gegen eine Gefahr versichert wird; auf deren Eintritt der Versicherungsnehmer keinen Einfluss haben kann.

Eine zweite Reihe von Vorschriften des Entwurfes, welche ebenso durch Verträge oder Statuten nicht abgeändert werden dürfen, hat die Bestimmung, zum Schutze des Versicherten zu dienen. Dabei entsteht vor Allem die Frage, ob der Versicherte eines solchen Schutzes bedarf. Es besteht hier nach unserer Auffassung ein ähnliches Verhältniss, wie bei dem Transportvertrag. Die Kontrahenten sind nicht von gleicher Art; auf der einen Seite ist gewöhnlich eine grosse organisirte Gesellschaft oder Anstalt, welche die Bedingungen der Versicherung von vorneherein und nicht für den einzelnen Fall, sondern für ganze Klassen und nach reifer Ueberlegung im Programm oder in Statuten feststellt; auf der andern Seite steht ein einzelner Privatmann, der die Bedingungen der Versicherung so, wie sie sind, also jedenfalls ohne sie diskutiren zu können, annehmen muss, und wenn er sich versichern will, nur etwa die Wahl zwischen wenigen Versicherungsgesellschaften hat, deren Statuten auch vielfach übereinstimmen. Wie es nun Pflicht des Gesetzes ist, den Kaufmann gegen die Willkühr der Transportreglemente zu schützen, so haben wir auch hier, wenn auch in viel beschränkterem Maasse, gesucht, mit wenigen, aber durchgreifenden Bestimmungen den Versicherten sicher zu stellen vor statutarischen Sätzen, die dem wahren Geiste der Versicherung, der wahren Intention der Parteien widersprechen und nur von einer allzu grossen Aengstlichkeit oder von der Raublust von Spekulationsgesellschaften diktirt sind. — Ist aber vielleicht durch

solche absolute, unabänderliche Bestimmungen die wohlthätige Freiheit der Convention oder der Spekulation beeinträchtigt? Keineswegs; denn unser Gesetz ist sehr zurückhaltend, lässt die allerverschiedensten Kombinationen des Versicherungsgeschäftes uneingeschränkt zu und greift nur da ein, wo es gilt, Missbräuchen und Prellereien, die bei der schwächern Position des Versicherten möglich sind, entgegenzutreten. Es ist übrigens klar, dass im endlichen Resultat unsere Bestimmungen nicht bloss den Versicherten schützen, sondern auch den Kredit der Versicherungsgesellschaften erhöhen werden.

Zu den im Vorhergehenden karakterisirten Vorschriften des Entwurfes gehört vor Allem die des Art. 323, nach welcher bei Zweifeln über den Inhalt des Versicherungsgeschäftes stets diejenige Meinung gelten soll, welche dem Versicherten günstig ist. Es ist vollkommen gerechtfertigt, dem Versicherer zuzumuthen, sich in den Statuten und in der Police übereinstimmend und klar auszudrücken; thut er es nicht, so sollen ihn auch die Folgen treffen.

Der wichtigste Schutz für den Versicherten liegt aber in den Bestimmungen der Art. 336 und 337. Die Statuten der Versicherungsgesellschaften zählen in der Regel eine Menge von Pflichten des Versicherten auf, bei deren Verletzung der letztere nicht bloss in eine Busse verfällt, sondern seine Ansprüche auf die Versicherungssumme vollständig einbüsst. Es wird dabei meistens auch nicht unterschieden, ob der Versicherte die Vorschriften der Statuten bloss übersehen oder vernachlässigt, oder ob er in unredlicher Absicht gehandelt hat. Wir unterlassen es hier, einzelne Beispiele,

die übrigens ohnehin bekannt sind, aufzuführen. Es ist aber offenbar, dass z. B. eine Bestimmung, nach welcher der Versicherte sein mit Prämien theuer erkauftes Recht auf die Versicherungssumme total verlieren soll, wenn er es versäumt hat, die Verlegung der versicherten Gegenstände in ein Nebenhaus oder in ein anderes Stockwerk förmlich anzuzeigen, eine exorbitante Unbilligkeit enthält. Während einem langen Zeitraume hat er seine Prämien bezahlt und hat sein Mobiliar in bester Sicherheit gewähnt, und nun soll er, wenn ihn das Unglück trifft, wegen einer oft leicht verzeihlichen Nachlässigkeit seinen Anspruch auf die Versicherungssumme verloren haben?! Es sollen zwar die Statuten frei bestimmen können, in welchen Fällen der Versicherungsvertrag vom Versicherer wieder aufgehoben werden kann; es soll auch die blosse Nachlässigkeit des Versicherten dem Versicherer das Recht geben können, einen ihm gefährlich scheinenden Vertrag wieder aufzuheben. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so kann sich dann der Versicherte anderswo versichern. Hat dies aber der Versicherte nicht gethan und tritt der Schaden ein, so ist der Versicherungsvertrag auch für den Versicherer existent und verbindlich, es sei denn ein vom Gesetze anerkannter Grund der Unverbindlichkeit vorhanden. Ein Solcher ist, wie wir früher gesehen, das Verschweigen oder die unrichtige Mittheilung von erheblichen Umständen in gewissen Fällen, ganz besonders bei unredlicher Handlungsweise (Art. 326). Unverbindlich ist ferner die Versicherung für den Versicherer, wenn der Versicherungsnehmer oder Versicherte bei Abschluss des Vertrages wusste, dass der Schaden bereits eingetreten sei (Art. 335). Dahin gehört das wenn gleich beschränkte Rücktrittsrecht des Versicherers wegen Versäumniss von Prämienzahlungen; der Rücktritt kann

nämlich nie früher statthaben, als einen Monat nach der Aufforderung zur Zahlung, und muss auch stattgefunden haben vor eingetretenem Schaden. Endlich ist der Versicherer von der Zahlung der Versicherung befreit, wenn der Versicherte den Schaden, sei es absichtlich, sei es durch grobe Fahrlässigkeit veranlasst oder bei Bestimmung des eingetretenen Schadens sich einer betrügerischen Handlungsweise schuldig gemacht hat. Diese angeführten gesetzlichen Gründe der Unverbindlichkeit der Versicherung sollen nun aber auch genügen, sowohl Treu und Glauben beim Versicherungsgeschäft aufrecht zu erhalten, als namentlich den Versicherer in seinem berechtigten Verlangen nach Ordnung und Wahrheit zu schirmen.

Endlich enthält unser Entwurf, und zwar ebenfalls unter dem Gesichtspunkte des Schutzes für den Versicherten, eine besondere Bestimmung über die Vereine zu wechselseitiger Versicherung.

Bluntschli sagt, die wechselseitige Versicherung entspreche der Idee am vollständigsten, indem die Spekulation dabei ausgeschlossen sei. Wir halten es nun nicht für unsere Sache, in dem Kampfe zwischen den beiden Systemen des Gegenseitigkeitsvereins, wo ein Jeder Versicherer und Versicherter zugleich ist, und der Aktiengesellschaft, welche dem Publikum gegenüber als Versicherer auftritt, eine Lanze für dieses oder jenes System einzulegen. Unstreitig ist die Idee der Versicherung an sich eine so glückliche, dass auch die verschiedenen Formen der Durchführung derselben der grössten Aufmerksamkeit und Schonung durch das Gesetz würdig sind. Wir erlauben uns, hier zu wiederholen, was wir bei einer andern Gelegenheit über die Zukunft der Versicherungsidee

ausgesprochen haben: „In der Versicherung liegt wahre Brüderlichkeit, Sozialismus im besten Sinne des Wortes. Sie liegt bei uns noch in den ersten Anfängen; aber es kann eine Zeit kommen, wo sie im Stande ist, unsere ungesunden Armenbüdgets aus dem Staatsbuche auszustreichen, wo nicht mehr der Staat den Armen Almosen zu geben hat, sondern eine mächtige Assoziation über das ganze Volk sich ausdehnt und durch diese Assoziation die Kranken von den Gesunden, die Arbeitsunfähigen von den Arbeitsfähigen, die von Hagelschlag, Feuersbrunst und sonstigem Unglück Betroffenen von den verschont Gebliebenen durch Zahlung von Versicherungssummen ernährt, beherbergt und gekleidet werden, Keiner ein Almosen erhält, sondern ein durch Prämien erkauftes Recht geltend zu machen hat. Noth und Elend werden freilich darum unsere Erde nicht verlassen; aber es wird auch der menschliche Geist nicht ruhen, sie mehr und mehr zu mildern."

Es ist nun Aufgabe des Staatsmannes und Nationalökonomen, zu prüfen, welche Art der Versicherung der Wohlfahrt und dem Reichthum des Volkes am meisten Früchte bringt. Der Gesetzgeber dagegen nimmt die Verhältnisse so, wie sie einmal faktisch bestehen und muss sich bestreben, für jede Form der Versicherung, ohne deren Wesen zu verletzen, möglichst kräftige Garantien der Ansprüche der Versicherten aufzustellen. Es lässt sich aber hier nicht von einer absoluten Sicherheit derselben, sondern immer nur von einer Sicherheit bis auf einen gewissen Grad sprechen. Dies liegt in der innern Natur der Versicherung; denn einer jeden Anstalt zu diesem Zwecke ist nicht eine unumstössliche Regel, sondern eine Wahrscheinlichkeitsberechnung zu Grunde

gelegt, die bei ausserordentlichen Zufällen Noth leidet. Die Versicherung hat zwar die grosse Aufgabe, den Zufall zu besiegen; es gelingt diess aber nicht vollkommen, sondern immer nur mehr oder weniger. Diess gilt von jeder Art der Versicherung und darum selbst von der Versicherung durch den Staat, die aber ausser unserem Bereich steht. Dagegen haben wir uns namentlich zu befassen mit der Versicherung durch Aktiengesellschaften und derjenigen durch Vereine zu gegenseitiger Versicherung.

Was die Aktiengesellschaften betrifft, so enthält bekanntlich unser Entwurf eine Anzahl von Sicherheitsmassregeln. Für die Versicherungsgesellschaften ist, da bei ihnen meistens nur ein geringer Prozentsatz (10 %, 15 %) einbezahlt wird, von besonderer Wichtigkeit, dass nicht bloss der wirkliche Aktionär für den Betrag der Aktie haftet, sondern auch der ursprüngliche Zeichner für wenigstens 40 % des Zeichnungsbetrages. Fernere Garantien bestehen in der Oeffentlichkeit der Verwaltung und in der Verantwortlichkeit der Geschäftsführer. Es ist aber klar, dass auch mit allen diesen Bestimmungen und selbst, wenn der Zeichner, statt zu 40 %, zum vollen Aktienbetrage verpflichtet würde, eine absolute Garantie nicht geschaffen ist, wovon die Folgen des grossen Hamburgerbrandes im Jahr 1842 deutlich genug Zeugniss geben. Das Meiste hängt immerhin von der Grösse des Aktienkapitals, von der Ausdehnung des Versicherungsgebietes und von der Grösse des versicherten Kapitals ab, und es ist darum nicht unbegründet, wenn sich die Staatsgewalt mit Beziehung auf Versicherungsgesellschaften ein Concessionsrecht vorbehält.

Vielfach dasselbe gilt auch von den Gegenseitigkeits-Vereinen. Auch hier sind eine Anzahl Garantien vorhanden. Eine solche liegt schon in der Natur des Vereines, da er nicht der Gefahr ausgesetzt ist, von Dividendenbezügern geplündert zu werden. Im Uebrigen hängt aber auch wieder das Meiste von dem Zustande und der Einrichtung der betreffenden einzelnen Gesellschaft ab, von der Ausdehnung des Versicherungsgebietes und den übrigen schon oben erwähnten Faktoren. Es ist von selbst klar, dass eine Gegenseitigkeitsversicherung gegen Feuerschaden, auf ein kleines Gebiet mit einer grossen Stadt beschränkt, die grössten Gefahren darbietet, die durch das Gesetz nur wenig gemildert werden können. Wichtig ist dann auch die Anzahl der Jahre, auf welche ein Versicherungsvertrag abgeschlossen wird; denn es ist klar, dass bei bloss einjährigen Versicherungsverträgen die Gefahr eines starken Austrittes von Vereinsmitgliedern in Folge grosser Kalamitäten stärker ist, als bei mehrjährigen Verträgen. Endlich ist bei diesen Gesellschaften von Bedeutung, ob und welche Pflicht zur Leistung von Nachschüssen durch die Statuten festgesetzt ist. Wir zögern nicht, anzunehmen, es liege in der Natur eines solchen Versicherungsvereines die Pflicht zu Nachschüssen über die regelmässige Prämie hinaus; denn diese ist ihrem Wesen nach nur provisorisch fixirt. Auf der andern Seite aber ist es eine billige Forderung dieser Vereine, dass ihnen gestattet sei, ein Maximum der jährlichen Nachschüsse zu bestimmen, um nicht die Versicherungsnehmer durch die Furcht, auf einmal sehr hohe Prämien bezahlen zu müssen, abzuschrecken. Dabei ist freilich nöthig, dass dieses Maximum so hoch sei, dass der Verein in der Regel im Stande ist, seinen Verpflichtungen ohne jede Verzögerung

nachzukommen. Ein Beispiel wird zeigen, dass in diesen Fragen eine durchgreifende Regel dem praktischen Leben nicht entsprechen kann.

Der grösste Verein zu wechselseitiger Versicherung in der Schweiz und der nächst der Gothaer Versicherungsbank grösste in Deutschland und der Schweiz ist die schweizeriche Mobiliar-Versicherungs-Gesellschaft; sie musste daher nothwendig in den Kreis unserer Betrachtungen fallen. Kann aber von ihr eine allgemeine Regel abstrahirt werden? Durchaus nicht! Die Sicherheit, welche diese Gesellschaft bietet, liegt nur zu einem geringeren Theil in ihrem Karakter als Gegenseitigkeits-Verein, zu einem grössern aber in ihren individuellen Verhältnissen, in dem Karakter der Verwaltung, in der grossen Zahl der Versicherten, in der Höhe der Versicherungssummen, in der Ausdehnung ihres Versicherungsgebietes. Die meisten Versicherungsverträge werden auf 5 Jahre abgeschlossen und zwar besonders desshalb, weil nach § 28 der Statuten Jeder, der im Fall der Entschädigung auf den Hülfs- und Garantiefond Anspruch haben will, der Gesellschaft für 5 Versicherungsjahre beitreten muss und weil nach § 31 den Beschädigten, welche auf 5 Jahre beigetreten sind, alsbald nach definitiv ausgemitteltem Schaden oder spätestens nach 3 Monaten die Hälfte ihrer Entschädigung bezahlt wird, während bei kürzerer Vertragsdauer erst am Ende des Versicherungsjahres entschädigt wird. Eine Verpflichtung aber zu einer bestimmten Zahl von Jahren besteht nicht und es darf auch das Gesetz der Autonomie einer Gesellschaft, die ein Interesse hat, dem Publikum die freie Wahl zu lassen, im Uebrigen aber genügende Garantien darbietet, nicht zu nahe treten, was aber nicht

von vorneherein auch für andere Fälle ebenso richtig ist. Was endlich die Hauptfrage der Pflicht zu Nachschüssen betrifft, so anerkennt die genannte schweiz. Gesellschaft eine solche und zwar ohne jede Einschränkung. Eine Einschränkung besteht dagegen für den Modus der Einforderung der Nachschüsse, indem nach § 12 der Statuten der jährliche Nachtrag den gewöhnlichen Beitrag in keinem Fall übersteigen darf; dieser Nachtrag kann aber hinwieder so oft gefordert werden, als es das Bedürfniss erheischt. Hier zeigt sich von Neuem, dass kein System möglich ist, das schon an sich eine absolute Sicherheit darbietet. Die Anerkennung einer unbeschränkten Haftpflicht für den versicherten Schaden ist zwar von grosser Bedeutung; allein diese Pflicht findet wieder ihre Gränzen in der beschränkten Zeit der obligatorischen Vereinsangehörigkeit und es kann keinem Gesetzgeber einfallen, unbeschränkt fortdauernde Verträge vorzuschreiben. Auf der andern Seite lehrt die Erfahrung, dass grosse Kalamitäten zwar Austritte herbeiführen, aber in weit grösserem Massstab neue Eintritte zur Folge haben; nach einem grossen Brand ist die Furcht vor eigenem Brandunglück grösser, als die Furcht, höhere Prämien leisten zu müssen. Die Beschränkung endlich auf einen jährlichen Nachschuss, der die gewöhnliche Prämie nicht übersteigen darf, möchte bei vielen Gegenseitigkeits-Vereinen für die Beschädigten bedenklich sein; sie ist es aber nicht bei einem versicherten Kapital von 500 Millionen. Die schweizerische Gesellschaft kann durch einen vollen Nachschuss eine jährliche Einnahme von einer Million Franken beschaffen; es hat der Brand von Glarus nur Einen vollen Nachschuss nöthig gemacht und ein solcher ist überhaupt in den 37 Jahren des Bestehens der Gesellschaft nur

fünfmal nöthig geworden. Im Hintergrund wacht für die Versicherung noch als Reserve der Hülfs- und Garantiefond.

Hat nun bei unbefangener Betrachtung dieser Verhältnisse der Gesetzgeber ein ausreichendes Motiv, gegenüber der Vereins-Autonomie zu Gunsten von Vereinsgliedern zwingend einzugreifen? Es könnte allerdings ein höheres Maximum der jährlichen Nachschusspflicht oder eine Rückversicherung auf den Kredit eines Versicherungsvereines nur günstig einwirken und also wünschbar sein; allein darin liegt noch entfernt kein Motiv zur Intervention. Kein System und kein Gesetzesparagraph ist im Stande, eine absolute Sicherheit zu verschaffen und daher soll es uns genügen, wenn die Nachschusspflicht im Allgemeinen ausgesprochen ist und im Uebrigen hat die Konzessionsbefugniss des Staates, wo eine solche vorbehalten ist, dafür zu sorgen, dass die Statuten einer Gesellschaft so beschaffen seien, dass diese im Ernste und mit Ehren den Ersatz eines Schadens, der die gewöhnliche Voraussicht nicht überschreitet, versprechen k a n n.

Wenn wir nun die Bestimmung des Art. 342 unseres Entwurfs nach dem Gesagten bemessen, so entspricht sie demselben nicht vollständig, und wir sehen uns im Falle, nachträglich eine A b ä n d e r u n g d e s E n t w u r f s in Vorschlag zu bringen. Wir sind in Art. 342 von der Idee ausgegangen, es sei die unbedingte Verpflichtung zu Nachschüssen als R e g e l festzuhalten, den Statuten aber offen zu lassen, diese Verpflichtung bis auf den vierfachen Betrag der festen Prämie zu ermässigen. Dabei wollte aber in Alinea 2 nicht von dem Maximum der „j ä h r l i c h e n“ Nachschüsse, sondern von dem Maximum der

Nachschüsse überhaupt gesprochen werden. Wir würden es nun aber vorziehen, jede gesetzliche Gestattung einer Beschränkung der Nachschüsse überhaupt fallen zu lassen; es erscheint uns gefährlich, ausdrücklich zu gestatten, dass sich der Verein von dem vollen Ersatz des Schadens entbinden könne. Auch das Zürcher-Gesetz sagt in § 1744 einfach: „Reichen dieselben (die festen Prämien) nicht aus zur Deckung der Kosten der Versicherung, so müssen dann die Versicherten einen verhältnissmässigen Nachschuss leisten.“ Dagegen bliebe es den Vereinsstatuten allerdings offen, ein Maximum dessen, was jährlich als Nachschuss gefordert werden kann, festzustellen. Endlich kann richtigerweise bei einem Vereine zu wechselseitiger Versicherung, da ja Nachschüsse gefordert werden können und müssen, nicht von „fester Prämie“ gesprochen werden.

Wir schlagen nach dem Angebrachten als Art. 242 Folgendes vor: „Bei einem Vereine zu wechselseitiger Versicherung ist ein jedes Glied des Vereines zu Nachschüssen verpflichtet. Ueber die Art und Weise des Bezugs derselben können die Vereinsstatuten das Gutfindende feststellen.“ Das 2. Alinea müsste wegfallen.

Zum Schluss erwähnen wir noch zweier vereinzelter Bestimmungen dispositiver Natur, die sich auch noch dadurch von den besprochenen unterscheiden, dass sie sich auf eine spezielle Art der Versicherung, nämlich die Todesversicherung beziehen. Die Aufnahme derselben in den Entwurf (Art. 345 und 346)

ist als wünschbar erklärt worden, weil durch dieselben für zwei wichtige Fragen, welche in den Statuten der Gesellschaften fast immer unentschieden gelassen sind, ein festes Prinzip gewonnen wird. Die erste betrifft die Berechtigung an der Todesversicherungssumme und ist entschieden worden, dass dieselbe der Erbschaftsmasse des Versicherten zusteht, also wie ein gewöhnliches Activum, wie ein anderes Vermögensstück oder Forderungsrecht des Verstorbenen anzusehen ist und darum den Erben des letztern nur insofern zusteht, als dieselben in die Erbschaft eintreten. Es ist auch wirklich nicht leicht einzusehen, warum die Todesversicherungssumme anders zu behandeln sein sollte, als z. B. die Summe, die in einer Ersparnisskasse durch Zinsen angewachsen ist.

Die zweite Bestimmung bezieht sich auf die in Statuten über Todesversicherungen sehr häufige Vorschrift, nach welcher bei einer Selbsttödtung kein Anspruch auf die Versicherungssumme erhoben werden kann. Nach den Statuten der schweizerischen Rentenanstalt (§ 31) bezahlt dieselbe nur den Werth des Deckungskapitals, wenn der Versicherte im Duell oder Selbsmord stirbt. Wir halten jede solche Bestimmung beim Duell, dessen Anerbieten oder Annahme nach unsern heutigen Anschauungen keine höhere Pflicht gebietet, für gerechtfertigt. Soll aber die Bestimmung über den Selbstmord auch dann Anwendung haben, wenn er in unzurechnungsfähigem Zustande, im Wahnsinn oder in der Melancholie begangen worden ist, so ist die Bestimmung sehr hart; denn ein solcher Selbstmord ist doch offenbar so sehr Zufall und so wenig aus freier Willensbestimmung hervorgehend, als jeder andere

zufällige Tod. Der Entwurf will zwar der freien Disposition der Statuten nicht zu nahe treten; derselbe kömmt aber durch seine Interpretation der humaneren Ansicht zu Hülfe.

Vom Wechsel und von der Anweisung.

Das schweizerische Wechselkonkordat als Grundlage unseres Entwurfes.

Die Stellung der Redaktion des schweiz. Entwurfes konnte bei dieser Materie keine so freie sein, wie bei allen andern. Ueber den Wechsel und die Anweisung liegt nämlich schon seit dem Jahre 1856 ein schweizerischer Konkordatsentwurf vor, redigirt von Herrn Rathsherr Burkhardt-Fürstenberger in Basel und definitiv festgestellt im Mai des genannten Jahres durch Conferenzen von Abgeordneten der Kantone Zürich, Bern, Luzern, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, St. Gallen, Aargau und Waadt. Der Entwurf ist auch seither von den Kantonen Solothurn (1857), Bern (1859), Luzern (1860), Basel-Stadt (1863) und Schaffhausen (1863), mit einigen Abänderungen adoptirt worden, und auch das Wechselgesetz des Kantons Aargau ist demselben nahe verwandt. Dieses Resultat, wenn es auch die gehegten Erwartungen bis jetzt nicht erreicht hat, mussten wir als etwas Gegebenes anerkennen; denn wer den praktischen Zweck einer Rechtseinigung in's Auge fasst, darf nicht jeder abweichenden individuellen Meinung Raum geben; wer immer

wieder gründlich von vornen anfangen will, kommt nie zum Ziele. Würde das schweiz. Wechselkonkordat noch keine Erfolge gehabt haben, so müssten wir auch hier wieder die Frage aufwerfen, ob es nicht vortheilhafter wäre, sich der allgemeinen deutschen Wechselordnung von 1848 anzuschliessen. Es ist bekanntlich in den letzten Jahren darüber eine lebhafte Diskussion geführt worden, namentlich von Renaud, Finsler, Rüttimann, Fick und v. Orelli. Wir betrachten aber jetzt diese Frage nicht mehr als eine offene und können dies um so beruhigter thun, als das schweiz. Wechselkonkordat, wenn auch nicht alle Abweichungen von der deutschen W. O. zu rechtfertigen sind, auf der andern Seite auch ganz entschiedene Vorzüge in Form und Inhalt aufweisen kann, und dies gilt besonders von der Fassung, welche der Konkordats-Entwurf im Gesetz von Basel-Stadt erhalten hat.

Es ist ferner wichtig, dass die Abänderungen nicht so bedeutend sind, dass der schweizerische Wechsel ein wirklich anderer ist, als der deutsche, und ausserdem sind die wichtigsten Aenderungen solche, die den Kredit des schweizerischen Wechsels nicht hinabdrücken, sondern viel eher zu erhöhen im Stande sind. Die Protestzeit der deutschen W. O. von 2 Tagen nach dem Verfalltage ist um die Hälfte verkürzt; die Kassirtage, die in § 93 der deutschen W. O. da, wo sie bereits bestehen, aus Schwäche gestattet worden sind, hat das schweizerische Konkordat gestrichen; die Notifikationspflicht des Regredienten, welche die D. W. O. (§ 45) zwar nicht mehr als eine Vorbedingung des Regresses, wohl aber doch unter Androhung eines civilrechtlichen Schadens-

ersatzes vorschreibt, hat das schweiz. Konkordat vollständig fallen gelassen; endlich ist aber auch die materielle Wechselstrenge durch den Ausschluss einer Menge von Einreden des Wechselschuldners, welche die deutsche W. O. (§ 82) zulässt, erhöht worden. Wir gedenken, auf einzelne dieser wichtigen Bestimmungen noch zurückzukommen; hier genügt aber die Erwähnung derselben, um zu zeigen, dass in dem schweizerischen Konkordatsentwurf einzelne wesentliche Vorzüge vor der deutschen Wechselordnung enthalten sind. In verschiedenen Punkten ist aber auch unser Entwurf vom schweiz. Konkordat wieder zu der deutschen Wechselordnung zurückgekehrt.

Wichtiger als dieses Verhältniss des schweiz. Konkordates und unseres Entwurfes zur deutschen Wechselordnung ist nun aber die Frage, ob die drei genannten Legislationen, die in den Hauptfragen einig gehen, dem praktischen Bedürfniss des heutigen Wechselverkehrs entsprechen und von juristisch richtigen und einfachen Gedanken beherrscht seien. Diese Frage kann ruhig bejaht werden; es sind die Fortschritte, welche die deutsche Wechselordnung, und zwar besonders gegenüber dem Wechselrecht des Code de commerce enthält, nicht bloss von der deutschen Theorie und Praxis, sondern auch von den erleuchtetsten französischen und italiänischen Schriftstellern ohne Rückhalt anerkannt worden. Die deutsche W. O. repräsentirt gegenüber dem Code de commerce in vollem Maasse den gewaltigen Fortschritt, den die Wirksamkeit und Bedeutung des Wechsels und die Auffassung seiner juristischen Natur seit Anfang dieses Jahrhunderts oder noch exakter seit den Ordonnanzen Colberts von 1673 gemacht haben. Wollten wir

nicht zurücksteuern, sondern vorwärts, so durfte der Code de commerce nicht als Grundlage unsers Entwurfs dienen. Dafür spricht auch, dass selbst die westschweizerischen Wechselgesetze denselben mehr oder weniger modifizirt haben und endlich ist sehr bezeichnend, dass Baden, Rheinpreussen, die Pfalz, Rheinhessen, sowie das lombardisch-venetianische Königreich und Südtyrol statt der bisherigen französischen Wechselgesetzgebung ohne Widerstand die deutsche Wechselordnung adoptirt haben. Wir zweifeln darum nicht, dass die Grundsätze der deutschen Wechselordnung und unsers Entwurfes, die übrigens durchaus nicht deutsches, sondern eher europäisch-modernes Recht darstellen, auch in unseren westschweizerischen Kantonen als ein wahrer Fortschritt zur Einfachheit, zur Kreditstärkung und zur Beweglichkeit des Wechsels werden anerkannt werden. Unser Entwurf wird sich dort auch darum um so leichter Eingang verschaffen, als derselbe mit Bezug auf das billet à ordre der westschweizerischen Wechselpraxis eine bedeutende Concession gemacht hat, die weder in der deutschen W. O., noch im schweizerischen Konkordat enthalten ist. Doch davon später. Hier kömmt es uns erstlich darauf an, die Hauptsätze des schweizerischen Wechselkonkordates, in denen sich jener Fortschritt kundgiebt, in übersichtlichen Worten hinzustellen.

Die allgemeine Wechselfähigkeit (Art. 348 unsers Entwurfs) sollte in der Schweiz, wo man sich mit Recht auf die Volksbildung etwas zu Gute thut, kaum einer Vertheidigung bedürfen; es wird leicht ge-

lingen, dem Wechsel durch Verbreitung der Kenntniss über seinen Karakter seine Gefährlichkeit zu benehmen. Es hat sich denn auch in der Konferenz über das Wechselkonkordat im Mai 1856 nur ein einziger Abgeordneter für eine Beschränkung der Wechselfähigkeit auf die in einem Ragionenbuch Eingetragenen ausgesprochen und es enthält von allen neuen Gesetzen nur dasjenige des Kantons Aargau diese Beschränkung. Die Befürchtungen, die noch vielfach in vorzugsweise agrikolen Kantonen vor der allgemeinen Wechselfähigkeit laut werden, beschwichtigt Burkhardt-Fürstenberger in seinen Motiven zum schweizerischen Konkordat mit Hinweisung auf die Erfahrungen Zürichs und St. Gallens: „In der ersten Zeit der allgemeinen Wechselfähigkeit wurde die Unerfahrenheit und Bedrängniss Einzelner ausgebeutet; mannigfache Klagen erhoben sich und drangen auf eine Beschränkung der bedenklichen Freiheit. Ehe man sich jedoch über das Maass des Schutzes einigen konnte, waren die Beschwerden verstummt, die Krisis überstanden und die Bevölkerung mit dem neuen Rechte vertraut, so dass zur Stunde in diesem Gebiete der Wechselstrenge nicht mehr Opfer fallen, als anderwärts bei allen vormundschaftlichen Sicherheitsmassregeln. Und doch zeichnet sich der Kanton Zürich, sowie die Stadt St. Gallen gerade durch die energische Execution der Wechselschulden aus. Wir entnehmen dieser Thatsache, dass bei einer durchgreifenden schonungslosen Vollstreckung jeder Unberufene sich zwei und drei Mal besinnt, seine Unterschrift herzugeben, während bei einem laxen, der gewöhnlichen Rechtsbetreibung nachgebildeten Verfahren, das dem säumigen Zahler noch wochen- und monatelange Trölereien gestattet, Niemand von Wechselgeschäften zurückgeschreckt wird.“ Sind nun aber jene Befürchtungen

niedergeschlagen, so liegt andererseits klar zu Tage, wie sehr die Sicherheit, dass die Unterschriften auf einem Wechsel von wechselfähigen Personen herrühren, den Kredit des Wechsels erhöhen muss. Endlich hat aber auch in unsrer Zeit der Gesetzgeber längst nicht mehr freie Hand, die Wechselfähigkeit einzudämmen. Der Wechsel ist bereits ein Gemeingut aller Volksklassen geworden. Sobald der Landwirth mit seinen Produkten nicht mehr auf den nächsten Markt verwiesen ist, sondern mit dem entfernten Abnehmer in unmittelbaren Verkehr tritt, so bedarf er so gut des Wechsels, als der Kaufmann, und dasselbe gilt für die kleinern Gewerbe, die bei den heutigen Verkehrsmitteln zum Bezug ihrer Rohstoffe des Zwischenhändlers entbehren können und direkt von ausländischer Quelle her beziehen. Von hohem Interesse für uns ist in dieser Frage eine Diskussion, welche im Jahre 1858 im preussischen Haus der Abgeordneten über einen Antrag auf Wiederaufhebung der allgemeinen Wechselfähigkeit gestellt worden war. Sämmtliche Gerichtspraktiker, dann aber auch namentlich unser Landsmann, Professor Keller, sprachen sich entschieden gegen diesen Antrag aus: Wenn man den Handwerker vor Gericht frage, warum er einen Wechsel begeben habe, ohne der Deckung gewiss zu sein, so sei die gewöhnliche Antwort, dass er gegen den Wechsel gute Waare erhalte, während er ohne einen solchen gezwungen sei, untaugliche Sachen um jeden Preis zu kaufen. Die Wechselfähigkeit sei aber nicht bloss von belebender Wirkung auf den Betriebsverkehr der weniger bemittelten Klassen, sondern habe auch noch einen grossen Einfluss auf die moralische Hebung derselben gehabt. Der Handwerker betrachte die Einlösung des Wechsels als

Ehrensache und schäme sich, nicht bezahlen zu können, er komme zur Einsicht, dass sein Kredit auf der pünktlichen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten beruhe. Eine Vermehrung von Wuchergeschäften habe seit der allgemeinen Wechselfähigkeit nicht stattgefunden; Wucher hat es zu allen Zeiten gegeben und nur die Form desselben ändert mit den Gesetzen. Dass aber endlich die allgemeine Wechselfähigkeit von dem „kleinen Mann" auch wirklich in bedeutendem Maasse benützt wird und also von hoher praktischer Wichtigkeit ist, dafür spricht, dass z. B. in Berlin vor dem Jahr 1849, d. h. vor der allgemeinen Wechselfähigkeit, über Wechselsummen unter 50 Thalern jährlich kaum 10 Prozesse geführt wurden, während schon im Jahre 1849 mehr denn 400 und im Jahre 1850 mehr denn 900 Prozesse, während die Progression für die grossen Wechsel damit in keinem Verhältniss steht.

Die äussere Form des Wechsels ist nach dem schweiz. Konkordate, in Uebereinstimmung mit der deutschen W. O., möglichst einfach, von allem Unwesentlichen befreit. Namentlich ist das Valutabekenntniss als überflüssig hingestellt, während der Code de commerce in Art. 110 als wesentlichen Bestandtheil des Wechsels verlangt: „la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière." Eine ähnliche Bestimmung findet sich auch in den ältern Wechselordnungen von Zürich, Basel und St. Gallen und in den westschweizerischen Gesetzen. Wir werden aber sehen, dass das Rechtsverhältniss, das der Bezahlung der Valuta zu Grunde liegt, selbst auch ausserhalb des Wechselrechtes steht und daraus geht

für uns hervor, dass auch das Bekenntniss der Valuta nicht zu den essentiellen Bestandtheilen des Wechsels gezählt werden soll. Es wird allerdings das Valutabekenntniss auch in Zukunft wohl noch gewöhnlich auf den Wechsel gesetzt werden, aber keine andere Bedeutung haben, als die einer gleichgültigen Formel. Wenn es bis jetzt nicht auf die Wahrheit des Inhalts einer Formel: „Werth verstanden," „Werth in Waaren" u. a. m. angekommen ist, so soll es von nun an auch nicht mehr darauf ankommen, ob eine solche inhaltlich gleichgültige Formel noch überhaupt auf dem Wechsel steht. Damit ist auch gewonnen, dass die Struktur des Wechselbriefes noch einfacher und also noch präziser wird und noch weniger Nichtigkeitsgründen, welche das materielle Recht verletzen, ausgesetzt ist.

Eine Anzahl von Gesetzgebungen, darunter besonders der Code de commerce (Art. 110) und die westschweizerischen Gesetze verlangen zur Gültigkeit des Wechsels stets noch „la remise d'un lieu sur un autre"; der Platzwechsel ist also ausgeschlossen. Dass derselbe aber in unserm heutigen Verkehr durchaus unentbehrlich ist, ist damit bewiesen, dass man in Frankreich die verschiedensten Umwege aufsucht, um den von Anschauungen früherer Jahrhunderte getragenen, heutzutage aber ganz unbrauchbaren Satz so fein als möglich zu umgehen.

Einer der wichtigsten Fortschritte des neuen Wechselrechts bezieht sich auf die juristische Auf-

fassung des Wechsels. Der Wechsel gehört zu den modernen Formen von obligatorischen Rechtsverhältnissen, welche dem Verkehr mit Obligationen grössere Leichtigkeit und Sicherheit und damit einen höhern Schwung gegeben haben. Dies ist durch die Intensität der Form, durch die Anerkennung des Faktums, das in der Schaffung der Form liegt, erreicht worden. Die Form des Wechsels ist mehr als blosse Form; der Wechselbrief ist mehr, als die solenne Urkunde über den Abschluss eines Vertrages. Die Form ist so sehr in den Vordergrund getreten, dass der Inhalt zurücktritt. „La forme emporte le fond.“ Um zu wissen, ob der Akzeptant eines Wechsels verpflichtet sei, die Wechselschuld zu bezahlen, fragen wir nicht, ob derselbe von dem Aussteller des Wechsels oder von einem Dritten Deckung erhalten, sondern einzig und allein, ob derselbe seine Unterschrift als Akzeptant auf den Wechsel gesetzt habe. Die Akzeptationserklärung allein entscheidet über seine Wechselverbindlichkeit. Das Deckungsverhältniss geht den Wechsel als solchen nichts an; dasselbe ist in die Form des Wechsels nicht aufgenommen und liegt desshalb auch seinem Inhalte nach ausserhalb desselben. Der Wechselnehmer hat sich nicht darum zu kümmern, ob der Trassant für Deckung gesorgt habe. Für den Wechselinhaber gilt nur das, was ihm durch die Unterschriften auf dem Wechsel in untrügerischer Weise versprochen ist; er hat aber selbst auch keinen Anspruch auf die geleistete Deckung; er hat nur den einfachen Anspruch gegen den Akzeptanten, und wenn der Wechsel nicht akzeptirt oder nicht bezahlt worden ist, einen Regressanspruch gegen seine Vormänner. Die Deckung ist ein apartes Verhältniss zwischen dem Trassanten und dem Trassaten, während der Wechselverband

Alle, deren Unterschriften auf dem Wechsel stehen, in gleicher Weise umschliesst.

Dasselbe gilt auch von dem Valutaverhältnisse. Hat der Trassant eines Wechsels von dem Remittenten den Werth für den Wechsel nicht erhalten, so steht ihm eine Klage gegen den letztern ebenso unzweifelhaft zu, als dem Akzeptanten eines Wechsels, der aber keine Deckung erhalten hat, eine Klage gegen den Aussteller. Allein auch das Valutaverhältniss hat auf den Wechsel selbst keinen Einfluss. Die rechtlichen Wirkungen des Wechsels sind vollständig unabhängig davon, ob bei Uebertragung desselben auch wirklich ein Gegenwerth geleistet worden ist. Für den Wechselinhaber existirt nur das Faktum der Uebertragung des Wechsels, wie es in dem Wechselbrief niedergelegt ist; sein Regressrecht, das er gegen seine Vormänner ausüben kann, hängt nur von dem Inhalt des Wechsels ab und nicht von andern ausserhalb des Wechsels stehenden Verhältnissen.

Durch Anerkennung der hier ausgesprochenen Sätze hat das heutige Wechselrecht den Wechsel von Allem gereinigt, was seinen Karakter trübt, von Allem, was ihm nicht zu eigen angehört und damit von Allem, was seine Kraft und Sicherheit, um nach seinem innersten Beruf über Länder und Meere zu gehen, schwächen und hemmen konnte. Ein leichter, sicherer Verkehr verlangt eine Form, die vom ganzen Inhalte Zeugniss giebt. Der heutige Verkehr verlangt ein Papier, in welchem ein von jedem andern Rechtsverhältnisse unabhängiges Zahlungsversprechen enthalten ist und welches auch in der Ferne ohne Besorgniss erworben werden kann, weil ein Jeder weiss, dass über das hinaus, was

er im Wechsel sieht, Nichts gilt. Ist die Form des Wechsels da, so kömmt nichts auf den Grund (causa) des Wechselversprechens an; ist auch die Wechselverbindlichkeit sine causâ, oder liegt ihr eine falsa causa zu Grunde, ist etwa der Wechsel in Folge einer nicht klagbaren Spielschuld ausgestellt, oder ist der Wechsel in Voraussetzung der Bezahlung der Valuta begeben worden, ohne dass dann diese auch wirklich geleistet wird, so hat der Wechsel trotzdem volle Gültigkeit. Es ist einleuchtend, dass erst dadurch der Wechsel im Stande ist, seine Funktion als eine zwar von dem Kredit von Einzelpersonen abhängige, im Uebrigen aber in ihrem juristischen Werth unangreifbare Weltmünze vollkommen zu erfüllen. Es bietet diese ganze Frage viele Analogien mit der Frage der Vindikationsbeschränkung bei Mobilien und Inhaberpapieren. Zur Sicherstellung des Verkehrs ist auch dort das äusserlich erkennbare Faktum des Besitzes über alle Fragen des Eigenthumsrechtes emporgehoben worden, und es ist Jedermann darüber einverstanden, dass dadurch der Verkehr an Sicherheit gewinnt.

Nach den vorangegangenen Sätzen ist die Wechselverbindlichkeit, durch Herstellung der Wechselform einmal begründet, von jedem andern Rechtsverhältnisse, das zu jener geführt hat oder neben ihr einhergeht, losgelöst. Diesen Karakter behält der Wechsel auch während seinem ganzen Lebenslauf. Durch das Indossament wird die Wechselverbindlichkeit nicht eine veränderte, sondern bloss die Haftung für den Wechsel durch einen neuen Verpflichteten verstärkt. Der Indossatar erhält einen von seinen Vormännern durchaus selbstständigen Wechselanspruch; er erwirbt nicht, wie ein Cessionar,

ein abgeleitetes Recht, das nur so weit geht, als es seinem Vorgänger zugestanden hat. Er braucht sich also vom Wechselschuldner die Einreden, die dieser gegen einen frühern Indossanten geltend zu machen hatte, nicht gefallen zu lassen. Von daher der wichtige Satz der deutschen Wechselordnung in § 82: »Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.«

Während nun aber die deutsche W. O. bei diesem Ausschluss der »exceptiones ex persona indossantis« stehen geblieben ist, geht das schweizerische Konkordat, mit welchem auch Art. 436 unseres Entwurfes übereinstimmt, für den Wechselprozess viel weiter. Nach demselben kann ausser den Einwendungen, welche die Kompetenz des Gerichts oder sonstige wesentliche Mängel des Verfahrens betreffen, der Beklagte nur solcher Einreden sich bedienen, welche auf einer Bestimmung dieser Wechselordnung beruhen. Alle übrigen Einreden sind unstatthaft, mit der einzigen Ausnahme, dass der Beklagte die Zahlung oder den Erlass der Wechselschuld geltend machen kann, insoferne ihm diese Einreden unmittelbar gegen den Kläger zustehen. Der Einwand der Simulation oder Kompensation, sowie Widerklagen dürfen niemals stattfinden. Durch dieses System der Einreden hat nun erst der oben ausgesprochene Gedanke, den Wechsel von allen ihn umgebenden Rechtsverhältnissen zu befreien, seinen wahren Ausdruck erhalten. Burkhardt-Fürstenberger macht in seinen Motiven zur

Vertheidigung dieser Vorschrift aufmerksam, wie auch deutsche Schriftsteller (Gelpke, Koch) die Vorschrift der deutschen W. O., welche alle unmittelbar gegen den Kläger zustehenden Einreden zulässt, als eine unglückliche bezeichnen, als eine reiche Quelle von Einwendungen gegen Wechselansprüche, mit welcher sich das ganze Wechselinstitut lahm legen lasse. „Das Karakteristische des Wechselverfahrens, sagt Burkhardt, besteht nicht allein in dem summarischen, auf möglichst schleunige Rechtshülfe durch Liquidität der Einreden und Beweismittel etc. beruhenden Prozessgange, sondern auch in der materiellen, den Umfang der Einreden beschränkenden Wechselstrenge.“ Auch Fick spricht sich in seiner „Uebersicht“ zu Gunsten des schweizerischen Konkordates aus: „Nimmt man an, dass der § 102 desselben dem materiellen Rechte durchaus nicht präjudiziren soll, so ist es gewiss eine ebenso zweckmässige, als gerechte Strenge, dass nicht etwa bloss illiquide civilrechtliche Einreden aus der Person des Klägers, sondern alle derartigen Einreden mit der einzigen Ausnahme der Zahlung oder des Erlasses aus dem Wechselrechte verbannt sind.“ (Was die Voraussetzung Fick's betrifft, dass durch Ausschluss dieser Einreden dem materiellen Rechte nicht präjudizirt sein soll, so werden wir später darauf zurückkommen.)

Werfen wir zur Prüfung unsrer Frage über die Zulässigkeit von Einreden im Wechselprozess einen Blick auf die Gerichtspraxis in den Ländern der deutschen W. O., so lässt sich nicht verkennen, dass, abgesehen von vielen Zweifeln über den § 82 dieses Gesetzes, die Einreden so zahlreich sind, dass sie auf den Kredit des Wechsels schädlich wirken müssen.

Es werden durch Zulassung aller Einreden, die unmittelbar gegen den Kläger zustehen, eine Menge von Umständen und Thatsachen, die mit dem Wechsel an sich nichts zu thun haben, in den Wechselprozess eingeschmuggelt. Statt dass dieser im Einklang mit der einfachen Form des Wechsels recht einfach verläuft, stösst er sich an hundert Haken und Häkchen und giebt zu Trölerei Anlass.

Nach der deutschen W. O. ist die Einrede der nicht erhaltenen Valuta, wenn sie unmittelbar gegen den Kläger zusteht, zulässig; nach dem schweiz. Konkordat dagegen ist sie unbedingt ausgeschlossen. Die Einrede der fehlenden Deckung soll nach der deutschen Praxis dem Akzeptanten gegenüber dem Trassanten dann zustehen, wenn er darthun kann, dass er sich Deckung vor Verfall ausbedungen, sich also nur bedingt verpflichtet habe. Auch diese Einrede ist nach unserm System ausgeschlossen und sie zeigt sehr deutlich, dass das deutsche System dahin führt, das verwickelte Deckungsverhältniss, von dem kein Wort im Wechsel selbst steht, im Wechselprozess erörtern zu müssen. Ferner hat das Berliner Obertribunal die Einrede des Akzeptanten, „dass der Wechsel über das Kaufgeld für die durch Konossement dem Kläger abgekaufte Waare ausgestellt worden, und dass diese Waare weder die vorbedungenen, noch die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften gehabt habe," für erheblich erklärt; ebenso die aus dem materiellen Inhalt des Geschäfts entnommenen Einreden des Wuchers, der „läsio enormis" u. s. w. Die Einrede, der Wechsel sei zur Sicherung einer Spielschuld ausgestellt worden, greift dem dritten Wechselinhaber gegenüber

nicht Platz; sobald aber Ursprung und Fundament der Einrede in der Person des Klägers selbst liegen, so ist dieselbe statthaft. (Erkenntniss der O. A. G. zu Lübeck vom 29. Januar 1852.) Nach einem Erkenntniss des Obertribunals zu Berlin vom 2. Oktober 1856 ist „der verklagte Aussteller eines trockenen und mit einer Bürgschaft versehenen Wechsels berechtigt, dem auf Zahlung klagenden Remittenten, welcher Universalerbe des Wechselbürgen geworden, die Einreden, welche sich auf das dem Wechsel unterliegende und zwischen dem Aussteller und Bürgen bestandene Rechtsverhältniss beziehen, als unmittelbar gegen den Kläger zustehende entgegenzusetzen." — Ein Erkenntniss desselben Tribunals vom 24. Januar 1857 erklärt die vom Kläger zugestandene Behauptung des Verklagten, „dass der eingeklagte Wechsel dem Kläger nur zur Sicherheit der Realisirung eines andern dem Kläger vom Verklagten girirten Wechsels ausgestellt worden und dass der Kläger sich verpflichtet habe, von dem eingeklagten Wechsel nur dann Gebrauch zu machen, wenn der Aussteller des girirten Wechsels nicht Zahlung geleistet," für erheblich. Endlich ist von deutschen Gerichtshöfen auch die Einrede des Wechselschuldners, „dass ihm der klagende Wechselinhaber nach dem Verfalltage des Wechsels mündlich die Zahlungsfrist auf eine bestimmte Zeit noch prolongirt habe," zugelassen worden. (Erk. des ob. Oesterr. G. vom 20. Februar 1856 u. a. m.)

Alle diese und viele andere Einreden, wohin namentlich noch die Einrede der Kompensation gehört, müssen nach der deutschen W. O., so oft sie unmittelbar gegen

den Kläger zustehen, zugelassen werden. Das schweiz. Konkordat dagegen begnügt sich nicht damit, dass der Wechselprozess in seiner Form ein summarischer sei, sondern er soll es auch sein durch radikales Abschneiden von allen Vertheidigungsmitteln, welche ihrer Natur nach nicht aus dem Wechsel selbst oder aus dem Wechselrechte hergeholt sind; vorbehalten sind bloss die Zahlung und der Erlass. Nicht das materielle Forderungs- und Schuldverhältniss soll hier entscheidend sein, sondern die Form des Wechselbriefes, und es haben die wenigen Beispiele aus der deutschen Praxis wohl zur Genüge gezeigt, dass, wenn einmal Thür und Thor geöffnet sind, das für den Wechsel fest und klar gebaute Haus sehr bald von Einreden so angefüllt sein wird, dass Klarheit und Sicherheit verschwinden. — Nun scheint allerdings in unserm System des Ausschlusses von Einreden eine grosse Härte zu liegen; allein es bedarf dieser Härte, wenn der Wechsel selbst so hart werden soll, wie Gold und Silber. Sodann ist auch selbstverständlich, dass dieser strenge Karakter nicht über den Wechselprozess hinausgeht. Wer den Wechsel unterzeichnete, muss denselben, weil es ein Wechsel ist, auch unbedingt bezahlen, es mögen ihm auch noch so viele Gründe zustehen, die ihn im gewöhnlichen Prozesse befreien würden. Dann hindert ihn aber Nichts, seine Einreden, soferne sie ihm nur prozessualisch verwehrt waren, nun im ordentlichen Prozess geltend zu machen. Ueber diese letztere Unterscheidung von prozessualischen Einreden werden wir uns darum erst später auszusprechen haben, weil unser Entwurf in dieser Hinsicht vom schweiz. Konkordat abgewichen ist.

Ein letzter Punkt, den wir aus dem schweizerischen Konkordate zur Vertheidigung desselben hervorheben wollen, betrifft das Regresssystem.

Das schweiz. Konkordat gestattet, wie die W. O. und alle neuen Wechselgesetze, den sogenannten springenden Regress. Während nun aber in der deutschen W. O. dieser Regress an keine Ordnung gebunden ist, und der Wechselinhaber nach Belieben bald einen frühern, bald einen spätern Verpflichteten beanspruchen kann, enthält das schweiz. Konkordat die Beschränkung, dass die bei dem Rückgriffe übersprungenen Wechselverpflichteten liberirt werden. Dieser Grundsatz ist schon in der Zürcher W. O. § 28, in der Basler W. O. § 33, in dem holländischen Handelsgesetzbuch § 186 und faktisch auch im Code de commerce, indem dessen kurze Verjährungsfristen von selbst eine Befreiung der Uebersprungenen zur Folge haben. Burkhardt-Fürstenberger macht dafür geltend, dass die Wechselverpflichteten ein naheliegendes Interesse haben, nicht auf unbestimmte Zeit in Obligo zu bleiben. Die Aufgabe der Gesetzgebung sei, dieses Interesse durch die einfachste Abwicklung der Ansprüche möglichst zu fördern, und nicht durch Kreuz- und Quersprünge Unruhe und Ungewissheit unter allen Wechselinteressenten zu bringen und dieselben auf eine ungemessene Dauer in der Schwebe zu lassen. Das deutsche System verursache aber auch rechtliche Störungen und Verwicklungen. „Wenn z. B. der Inhaber sich an einen frühern Indossanten hält, mit seinem Anspruche abgewiesen wird, und nun auf einen spätern Giranten zurückgreift, soll ihm dieser dann die exceptio rei judicatæ entgegen halten dürfen? Wird diese

nicht zugelassen und der in Anspruch Genommene kondemnirt, wie steht es dann mit dem Regresse dieses Letzteren? Hat er seinerseits die Ansprüche an den durch das frühere Urtheil vom Regresse befreiten Indossanten auch verloren, oder muss der frühere Indossant sich der Vexation durch nochmaligen Prozess über dieselbe Sache preisgeben?«

Eine andere Neuerung des schweiz. Konkordates gegenüber der deutschen W. O. und dem Code de commerce bezüglich des Regresses betrifft die Notifikation. Das ältere Notifikationssystem, nach welchem die Unterlassung der Notifikation den Verlust des Regresses bewirkt, ist von den neuern Gesetzen und Theorien allgemein aufgegeben worden. Mit Recht. Denn es ist dasselbe mit all' seinen Formalien und Fristen für die Rechte des Regredienten sehr gefährlich, ohne dass eigentlich viel damit erreicht wird. Ja es kann der Regredient selbst bei exakter Erfüllung aller Vorschriften um seine Rechte gebracht werden, insofern der Regresspflichtige die Notifikation abläugnet und der vom Kläger zu führende Beweis sehr schwierig ist. Nun hat zwar auch die deutsche Wechselordnung die Notifikation als eine den Regress bedingende Solennität aufgegeben, jedoch die schleunige Benachrichtigung von Vormann zu Vormann vorgeschrieben und zwar bei Gefahr der Vergütung des Schadens, welcher durch die Nichtbenachrichtigung entsteht, und des Verlustes von Zinsen und Kosten. Das schweiz. Konkordat hat dieses Mittelsystem, das in Holland und Baden zuerst versucht wurde, ebenfalls verworfen und also die Notifikationspflicht gänzlich fallen gelassen. Dieses System ist nun besonders

eingehend in dem Basler Gutachten über Annahme des schweizerischen Konkordates vertheidigt worden und wir lassen am besten die bezügliche Stelle hier folgen:

„Als kaufmännische Uebung, als Schicklichkeitsrücksicht zwischen Geschäftsfreunden wird eine prompte Anzeige von der erfolgten Protesterhebung gewiss immer beibehalten bleiben und es liegt dieselbe schon im augenscheinlichen eigenen Interesse des Wechselinhabers, ohne dass es hiezu einer besondern gesetzlichen Vorschrift bedürfte. Es kommen aber Fälle vor, wo der Inhaber nicht beabsichtigt, die Rückzahlung von seinem unmittelbaren Indossanten zu verlangen; wo er sich dafür direkt an einen frühern Vormann wendet, der vielleicht im gleichen Ort wohnt oder mit dem er sonst in einem Rechnungsverhältniss steht; warum sollte er nun gleichwohl seinen unmittelbaren Cedenten, den er gar nicht weiter in Anspruch zu nehmen beabsichtigt, von der erfolgten Protesterhebung benachrichtigen müssen, dieser wieder seinen Vormann und so die ganze Reihe von Indossanten durch die Notifikation beunruhigen, während vielleicht der Wechsel bereits wieder in die Hände des Ausstellers zurückgelangt ist? Auch ist nicht zu verkennen, dass der Beweis der erfolgten Notifikation, wenn dieselbe bestritten wird, oft äusserst schwer zu erstellen ist, wesshalb auch die deutsche W. O. (Art. 46) genöthigt ist, ganz willkürliche und oberflächliche Beweismittel hiefür zuzulassen. Das Präjudiz des Schadensersatzes zu Lasten desjenigen, welcher die Weiterbeförderung der Notifikation unterlassen hat, ist zudem ein sehr vages und unbestimmtes, und es werden hiedurch in das klare und scharfe wechselrechtliche Verhältniss ganz fremdartige Elemente hineingebracht. Als ein verfehltes und prinzipiell auf keine Weise begründetes Auskunftsmittel erscheint

es uns endlich, wenn dem Regressnehmer als Strafe für die unterlassene Notifikation ausser der Entschädigungspflicht auch der Verlust seiner Ansprüche auf Zinsen und Kosten aufgebürdet wird, und er nur berechtigt sein soll, die Wechselsumme zu fordern. Es scheint uns dies eine künstliche und willkürliche Unterscheidung; denn wenn einmal ein Wechsel Mangels Zahlung protestirt ist, so bildet die Wechselsumme sammt Kosten und Zinsen ein Ganzes, und können wir nicht einsehen, mit welchem Rechte die darauf lautenden Regressansprüche getheilt werden wollen. Einen wirklichen Schutz für die Wechselpflichtigen bildet das Notifikationssystem, so künstlich dasselbe aufgebaut ist, doch nicht; es beruht immer auf der Fiktion, dass die Notifikation, vom Wechselinhaber ausgehend, durch die ganze Reihe der Indossanten bis auf den Aussteller zurücklaufen werde; wenn aber durch die Nachlässigkeit eines einzigen Indossanten der Lauf unterbrochen wird, so bleiben die sämmtlichen Vormänner vom Schicksal des Wechsels ohne Nachricht, und bleiben gleichwohl den Nachmännern nach wie vor regresspflichtig; und zwar mit dem merkwürdigen Unterschiede, dass wenn zufällig derjenige Indossant den Regress gegen sie nimmt, welcher die Lücke in der fortlaufenden Reihe der Notifikationen verschuldet hat, dieser bloss berechtigt ist, die Wechselsumme ohne Zinsen und Kosten zu fordern; wenn der Regress aber von einem spätern Indossanten direkte genommen wird, die Wechselschuldner diesem gegenüber auch zur Rückzahlung von Zinsen und Kosten verpflichtet sind.

Die Abweichungen vom schweizerischen Wechselkonkordate.

Wir haben in den vorstehenden Ausführungen im Allgemeinen zu rechtfertigen gesucht, dass das schweiz. Wechselkonkordat zur Grundlage unseres Entwurfes genommen worden ist. Wir haben keineswegs eine eingehende Motivirung beabsichtigt; sie ist auch nach der trefflichen Arbeit von Burkhardt-Fürstenberger und den darüber erschienenen Schriften und Kritiken *) nicht mehr nöthig. Dagegen glaubten wir doch zur Erleichterung des Verständnisses des Konkordates in der westlichen Schweiz, wo jene Schriften noch wenig bekannt

*) Die mir bekannten sind: Renaud, Kritik des Entwurfs einer schweizerischen Wechselordnung, 1855 bei Enke in Erlangen. Diese Kritik ist bei der dritten Lesung stark berücksichtigt worden. Finsler in Schaubergs Zeitschrift (Band IV, Heft 1). Rüttimann in der neuen Zürcher-Zeitung (1857, Nr. 166 bis 168). Renaud, zweite Kritik in der Münchener Kritischen Ueberschau (Band IV). Fick in der schweiz. Handels- und Gewerbszeitung 1857, Nr. 32, 36, 37 und 38. Fick, das schweizerische Wechselrecht, nach seinen Quellen dargestellt in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht (Band III pag. 1 bis 46). Gutachten des Basler Handelskollegiums vom J. 1861. Fick, Kritische Uebersicht der schweiz. Handels- und Wechselgesetzgebung 1862. Enke in Erlangen. v. Orelli, die allgemeine schweiz. Wechselordnung, in der Zeitschrift für schweiz. Recht von 1862. Renward Meyer, das schweiz. Wechselkonkordat, erläutert. Luzern bei Schiffmann 1861. Seither mehrere Auflagen. Schwarzkopf, die schweiz. Wechselordnung, Basel 1862.

sind, wenigstens auf die Kapitalsätze aufmerksam machen zu sollen. Unser Resultat ist, dass der schweiz. Entwurf des Handelsrechts sich im Allgemeinen an das schweiz. Konkordat, das bereits in 5 Kantonen (im weitern Sinne kann auch Aargau als sechster Kanton hinzugezählt werden) Geltung hat, anschliessen solle und wir nicht von Neuem über alle einzelnen Fragen, mit deren Lösung wir nicht einig gehen, Diskussion erheben.

Daran schliesst sich nun aber die Frage, warum unser Entwurf das schweiz. Wechselkonkordat nicht ganz so, wie es lautet, aufgenommen hat, und von Neuem wieder Aenderungen vorschlägt. Ein solcher unbedingter Anschluss war allerdings wünschbar, aber, wie sich leicht ergeben wird, geradezu unmöglich. Vor Allem muss daran erinnert werden, dass der Text des Konkordatsentwurfes, selbst abgesehen vom sechsten Abschnitt über Exekution und Prozess, mit Ausnahme von Solothurn von keinem andern Kantone unverändert angenommen worden ist. Es besteht also nicht ein Konkordat im eigentlichen Sinne, sondern nur ein in den angeführten Kantonen nahezu gleiches Gesetz. Unter den Modifikationen findet sich wenigstens Eine, die von vier Kantonen übereinstimmend adoptirt worden ist. Damit ist schon ausgesprochen, dass auf den ursprünglichen Text des Entwurfes nicht zurückgegangen werden kann, sondern es muss sich jetzt darum handeln, eine Redaktion zu finden, welche im Stande ist, die schon begonnene Zersplitterung in ihrem Fortschreiten aufzuhalten, dem Strome, der sich zu zertheilen droht, eine einheitliche Richtung zu geben. Gelingt diess nicht, so

werden wir trotz Wechselkonkordat wieder ein sehr buntes Wechselrecht der Kantone bekommen, und das angestrebte Ziel, durch Einheit der Rechtsverwirrung und Unsicherheit ein Ende zu machen, ist wieder nicht erreicht. Diesen Gedanken hat auch in Basel-Stadt der Bericht der Grossrathskommission ausgesprochen. Dieselbe befürwortete die Abänderungen vom Konkordatsentwurf gerade mit Hinweisung auf das zu erwartende schweiz. Handelsgesetz, welchem die Aufgabe vindizirt wird, durch Berücksichtigung der verschiedenen Wünsche nach Abänderungen eine Fassung herzustellen, welche Allen konveniren kann. Das hat denn auch die Redaktion dieses Entwurfes als ihre Aufgabe betrachtet. Aus diesem Grunde sind die Neuerungen der verschiedenen Konkordatskantone und besonders der Basler Redaktion meistens adoptirt, auch einzelnen andern Wünschen Rechnung getragen und endlich der Abschnitt über Wechselexecution und Prozess, wo nach den bisherigen Erfahrungen eine Einheit nicht zu erzielen ist, weggelassen worden.

Ein zweites Motiv, das unsern Entwurf zur Abänderung des Konkordates geführt hat, ist die erhöhte Rücksicht auf die französisch sprechenden Kantone und deren Gewohnheiten.

Endlich ist noch dem von der Gesetzgebung bis jetzt ignorirten Institute der Bankanweisungen oder Chèques die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt worden.

Unsere Aufgabe wird es nun sein, diejenigen Bestimmungen, in denen unser Entwurf vom schweiz. Konkordats-

Entwurf abgewichen ist, zu bezeichnen und zu rechtfertigen.

Aeussere Eintheilung des Titels.

Das Konkordat (so heissen wir den schweizerischen Konkordatsentwurf, während die in den verschiedenen Kantonen adoptirte Fassung kurzweg als Redaktion von Basel, Bern u. s. f. bezeichnet werden soll) spricht in einem ersten Abschnitt von der Wechselfähigkeit, in dem zweiten von dem gezogenen Wechsel, in dem dritten von dem Eigenwechsel, in dem vierten von den Anweisungen, in dem fünften von der Gesetzgebung anderer Kantone und des Auslandes und in dem sechsten von der Wechselexekution und dem Wechselprozess. Die deutsche W. O. spricht einfacher in 3 Abschnitten von der Wechselfähigkeit, von gezogenen Wechseln und von eigenen Wechseln. Dass in einem vorausgehenden besondern Abschnitt von der Wechselfähigkeit gehandelt wird, ist für die deutsche W. O. nicht fehlerhaft. Wenn dies aber im Konkordat geschieht, so frägt man sich, ob z. B. § 2, in welchem ausdrücklich vom „Wechsel“ die Rede ist, auch auf die Anweisungen Anwendung habe, die eben keine Wechsel sind. Nun sagt dann § 91, dass die Anweisungen mit einer einzigen Ausnahme den „gezogenen Wechseln“ gleichstehen. Es ist danach logischer und jeden Zweifel niederschlagend, wenn alle Bestimmungen, die vom gezogenen Wechsel auch auf die Eigenwechsel und die Anweisungen bezogen werden sollen, vereint unter dem Abschnitte, der von den gezogenen Wechseln handelt, stehen, und dazu gehören auch die Bestimmungen über Wechselfähigkeit. Die Eintheilung unseres Entwurfes ist darum ganz einfach so, dass im ersten Abschnitt von dem

gezogenen Wechsel, im zweiten von dem Eigenwechsel und im dritten von der Anweisung gehandelt wird; im ersten Abschnitt aber findet sich als erste Rubrik: „Wechselfähigkeit.“ In den ersten Abschnitt vom gezogenen Wechsel sind auch eingereiht als Ziffer XVIII die „Einreden im Wechselprozess“ und als Ziffer XIX die „auswärtige Gesetzgebung.“ Damit ist der fünfte Abschnitt des Konkordats weggefallen und endlich auch der sechste Abschnitt über Exekution und Prozess, da von diesem nur die Lehre von den Einreden aufgenommen worden und dafür ein besonderer Abschnitt nicht gerechtfertigt ist.

Zinsversprechen und Ratenwechsel (Art. 351, letzter Satz). Fick sagt in seiner „Uebersicht“ (pag. 124): „Es ist sehr zu bedauern, dass die in den Motiven von Burkhardt ausgesprochene Ansicht für Wirksamkeit des Zinsversprechens keinen bestimmten Ausdruck im Entwurfe selbst gefunden hat. Auf der andern Seite ist ebenso zu bedauern, dass die Ratenwechsel (d. h. Wechsel mit sukzessiven Verfallzeiten), deren Verwechslung mit den verzinslichen Wechseln vielleicht zu der verkehrten Ansicht über letztere beigetragen haben mag, nicht ausgeschlossen sind.“ Um beiden Bedürfnissen zu genügen, schlägt Fick den Zusatz zu dem § 4 des Konkordates vor, wie er jetzt in Art. 351 enthalten ist.

Einreden aus der Person des Indossanten (Art. 358).

Wir haben schon oben von dem wechselstrengen Ausschluss von Einreden des Wechselschuldners ge-

sprochen. Nun sind aber diese Einreden verschiedener Art und je nachdem hat auch der Ausschluss derselben verschiedenen Karakter. Es giebt Einreden, die einem Wechselschuldner ganz absolut versagt sind, ob er nun im Wechselprozesse oder im gewöhnlichen Civilverfahren beklagt wird und dagegen giebt es Einreden, bei welchen der Ausschluss keine andere Bedeutung hat, denn eine prozessualische für den eigentlichen Wechselprozess.

Zu den Einreden der erstern Art gehören die exceptiones ex persona indossantis. Der Wechselinhaber hat durch das Indossament ein durchaus selbstständiges Recht erworben. Der Ausschluss von Einreden des Schuldners aus der Person des Indossanten ist daher dem Rechte des Wechselinhabers inhärirend, gehört zur innern Natur seines Rechtes, ist nicht bloss auf den summarischen Prozess über den Wechsel berechnet, sondern ist definitiv und also materielles Recht. Es würde auch keinen verständigen Sinn haben, dem Wechselinhaber ein von den Exzeptionen gegen seine Vormänner freies Forderungsrecht nur dann zu gewähren, wenn es sich um den Wechselprozess handelt.

Ganz anderer Natur sind nun aber die übrigen Einreden, die durch den § 102 des Konkordats, gleichlautend mit dem Art. 436 unsers Entwurfs, dem Wechselschuldner entzogen sind. Sie haben mit dem materiellen Inhalte des Rechtes nichts zu schaffen, sondern spielen ihre Rolle nur durch ihren prozessualischen Karakter. Der Rechtsanspruch des Wechselgläubigers an und für sich ist darum kein anderer, ob eine solche prozessualische Einrede zugelassen oder

ausgeschlossen ist. Betrifft es z. B. die Einrede der Kompensation, so frägt es sich nicht um die Existenz oder Nichtexistenz einer gegenüberstehenden Forderung des Wechselschuldners, sondern nur um die Art und Weise ihrer Geltendmachung; sie soll selbstständig und also im ordentlichen Prozesse geltend gemacht werden. Niemanden wird es einfallen, wegen Ausschluss der Kompensationseinrede im Wechselprozess das Forderungsrecht des Wechselschuldners selbst zu bestreiten. — Betrifft es die Einrede der Simulation, will der Wechselschuldner behaupten, es sei nicht das wirklich beabsichtigt worden, was der Wechsel ausdrückt, es sei der Wechsel nur zum Schein ausgestellt oder indossirt oder es sei eine abweichende Nebenabrede geschlossen worden, so würde man das Verhältniss irrig auffassen, wenn man glaubte, es solle durch Ausschluss der Simulationseinrede der Wechselschuldner jeder Möglichkeit, jene Umstände und Absichten geltend zu machen, beraubt sein. Es ist gewiss gerechtfertigt, im Wechselprozess, wo der Richter gleichsam nur das auszusprechen hat, was der Wechselbrief besagt, die Geltendmachung der Simulation auszuschliessen; der Richter hat nicht Zeit genug, jene Thatsachen im summarischen Prozess zu untersuchen. Dagegen wäre es weit über das Ziel hinausgegangen, wenn nicht dem Wechselschuldner der ordentliche Prozess offen stünde, in welchem er sich auf alle Thatsachen berufen kann, welche eine andere Absicht der Partheien bekunden, als diejenige ist, welche sich im Wechsel ausgedrückt findet. Die Form darf den wahren Inhalt nicht erdrücken. — Handelt es sich endlich um eine Einrede, hergeholt aus dem Rechtsverhältnisse, das zur Ausstellung oder Akzeptation des Wechsels geführt hat, so ist auch eine solche im Wechsel-

prozess unzulässig. Es wird aber eine Frage des ordentlichen Prozesses sein, ob nach civilrechtlichen Grundsätzen durch Ausstellung des Wechsels eine gültige Novation eingetreten sei.

Die Unterscheidung der durch unsern Entwurf ausgeschlossenen Einreden in zwei Klassen ist nach dem Gesagten in der Natur der Sache begründet und die Frage ist hier nur noch die, in welcher Weise diese wichtige Unterscheidung zwischen materiellen und prozessualischen Einreden im Gesetz ausgedrückt werden soll. Dass das Konkordat in dieser Beziehung fehlerhaft ist, haben schon andere Schriftsteller nachgewiesen. Dasselbe spricht nämlich von dem Ausschluss sämmtlicher Einreden im Abschnitt, der von der Wechselexekution und dem „Wechselprozess“ handelt und zwar ohne irgendwie zu unterscheiden, so dass Gefahr vorhanden ist, dass sämmtliche zu den materiellen oder sämmtliche zu den prozessualischen Einreden gezählt werden. Die deutsche Wechselordnung (§ 82) ist deutlicher; sie kennt eben nur Einreden der erstern Art und spricht von denselben mitten im materiellen Wechselrecht und nicht beim Prozess. Unser Entwurf hat, um den ausgesprochenen Zweck zu erreichen, den neuen Art. 358 aufgenommen, der nicht von den Einreden, sondern von den rechtlichen Folgen des Indossamentes spricht, der also die Natur der Rechte karakterisirt, welche der Wechselinhaber durch das Indossament erworben hat. Damit ist nun erst völlige Klarheit darüber gewonnen worden, dass es sich hier nicht um eine prozessualische Regel handelt, sondern um einen materiellen Rechtssatz. Im Gegensatz

hiezu ist dann von den Einreden prozessualischer Natur unter der Rubrik: „Einreden im Wechselprozess“ die Rede, so dass auch hier über den Sinn des Gesetzes kein Zweifel bestehen kann.

Wir erwähnen hier anlässlich noch einer dritten Klasse von Einreden, welche sowohl im Konkordat, als in der deutschen W. O. behandelt ist. Es betrifft die Einreden, welche sich auf wechselmässige Verjährung oder Versäumniss einer solennen Frist oder Form des Wechselrechts gründen. Durch solche Thatsachen geht der Wechselanspruch verloren und zwar nicht bloss etwa der Wechselanspruch als solcher, sondern der Anspruch im Allgemeinen. Es ist ganz unjuristisch, den Wechsel aufzufassen, etwa wie ein aus festem Stoff gewirktes Kleid, das einem alten Rechtsverhältnisse angezogen worden ist und dann auch wieder abgezogen werden kann. Es ist die Anschauung, dass ein wegen wechselmässiger Verjährung erloschener Anspruch nur als Wechselforderung gestorben sei, als civilrechtlicher Anspruch nun aber wieder auferstehe und fortlebe, gekünstelt und unwahr. Wir halten auch den civilrechtlichen Anspruch für erloschen und es haben dies die neuern Wechselordnungen gerade dadurch anerkannt, dass sie dem verlustig gewordenen Akzeptanten und Trassanten die sogenannte Bereicherungsklage zugestanden haben; denn damit ist gesagt, dass der Wechselgläubiger durch die Verjährung oder Versäumniss einer Frist oder Form auch eigentlich das Forderungsrecht eingebüsst hat (Art. 435 u. E.)

Die Beschränkung des springenden Regresses (Art. 374) tritt nach dem Konkordat (§ 26)

für die spätern Indossanten dann ein, wenn der Wechselinhaber „seinen Regress gegen einen frühern Indossanten nimmt.“ Nun ist aber dieser letztere Ausdruck unbestimmt genug, um Zweifel zu lassen, ob eine gerichtliche Aufforderung stattgefunden haben müsse, was doch wohl gemeint und jedenfalls sehr gerechtfertigt ist. Unser Entwurf sagt daher im Art. 374: „Wird einer der frühern Indossanten gerichtlich in Anspruch genommen“ u. s. w. Diese Aenderung des Konkordates hat unser Entwurf aus denselben Gründen auch in Art. 398 vorgenommen.

In § 27 des Konkordates ist wohl nur aus Versehen unten den Regressberechtigten neben dem Indossatar der Remittent übergangen worden und wir haben denselben, übereinstimmend mit der Basler Redaktion, in Art. 375 des Entwurfs beigefügt. Aehnlich ist der Zusatz in Art. 378, nach welchem nicht bloss der Wechselinhaber den Regress auf Sicherstellung hat, wie nach § 30 des Konkordates, sondern auch jeder Indossatar und der Remittent.

Wechsel, auf Sonn- oder Festtage fällig. Das Konkordat bestimmt in § 37: „Verfällt ein Wechsel auf einen Sonn- oder Festtag, so gilt der nächstfolgende Werktag als Zahlungstag.“ Ueber den Sinn dieser Bestimmung ist vor Kurzem vor den bernischen Gerichten ein Zweifel aufgeworfen worden, indem behauptet wurde, es könne nach diesem § 37 in Verbindung mit § 45 dann, wenn ein Wechsel auf einen Sonntag verfällt, nur

am Montag und nicht auch am Dienstag Protest erhoben werden. Es schreibe der § 45 (Art. 393 unseres Entwurfs) vor, es müsse „am Verfalltage oder spätestens am nächstfolgenden Werktage“ Protest erhoben werden. Nun sei zwar nach § 37 bei einem Wechsel, der auf einen Sonn- oder Festtag „verfällt“, erst der nächstfolgende Werktag der „Zahlungstag“; allein davon sei der „Verfalltag“ zu unterscheiden; Verfalltag sei immerhin der Sonn- und Festtag, so dass also spätestens am Montag protestirt werden müsse. Wir halten diese Argumentation für viel zu künstlich, um wahr zu sein; wir können namentlich nicht einsehen, wie aus dem Gesetz eine wirkliche, d. h. auch im Wesen der Sache begründete Scheidung zwischen zwei Begriffen: „Verfalltag“ und „Zahlungstag“ geschöpft werden kann, da dies offenbar nur zwei Worte für denselben Begriff sind. Trotzdem ist es aber Thatsache, dass von Juristen und Praktikern in Bern und Basel Zweifel erhoben worden sind und diese glaubt unser Entwurf um so eher lösen zu sollen, als es eine Materie betrifft, wo die grösste Bestimmtheit noth thut. Unser Entwurf sagt daher in Art. 385: „Verfällt ein Wechsel auf einen Sonn- oder Festtag, so gilt der nächstfolgende Werktag als Verfalltag.“ Es leuchtet ein, dass diese Entscheidung auch die einzig gerechte und billige ist. Denn warum sollte der Wechselinhaber, der die Wechselzahlung erst am Montag und nicht schon am Sonntag verlangen kann, und also erst am Montag weiss, ob er bezahlt wird, nicht ebenso gut zwei Tage zum Protest offen haben, wie derjenige, dessen Wechsel auf einen Werktag verfällt?

Bei Wechseln, die auf eine fremde Geldsorte lauten, soll nach dem Konkordats-Entwurf (§ 42) eine Präsumption für effektive Zahlung bestehen, entgegen dem Prinzip der deutschen W. O., welche eine Zahlung in fremden Geldsorten nur dann fordert, wenn ein Wechsel ausdrücklich auf die fremde Geldsorte lautet („effektiv" oder ein ähnlicher Zusatz). Nun aber sind die Kantone Luzern, Bern, Basel-Stadt und Schaffhausen dem Prinzip der deutschen W. O. gefolgt und in diesem Sinn haben sich auch viele Schriftsteller und die Gutachten des Basler Handelskollegiums (pag 49) und der Grossrathskommission (pag. 11) ausgesprochen. Einzig Solothurn hielt auch in diesem Punkte an dem Konkordate treulich fest. Selbst die Kantone Freiburg, Neuenburg und Waadt haben sich hier von ihrem Vorbilde, dem Code de commerce (Art. 143) getrennt und folgen der deutschen W. O. Dasselbe hat endlich nach allen diesen Vorgängen auch unser Entwurf in Art. 390 gethan.

Der Zusatz zu § 49 des Konkordates in der Basler Redaktion. Das Konkordat spricht in § 49 von den domizilirten Wechseln, bei denen wegen Protestversäumniss nicht allein der Anspruch gegen die Indossanten und den Aussteller, sondern auch gegen den Acceptanten verloren gehen soll. Nun hat die Basler Redaktion einen Zusatz beigefügt, welcher lautet: „Bei nicht domizilirten Wechseln dagegen bedarf es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Akzeptanten weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhe-

bung eines Protestes.“ Wir halten diesen Zusatz für einen durchaus unglücklichen. Vor Allem passt er formell durchaus nicht in diesen Paragraphen; er ist nicht eine Ausnahme, sondern die allgemeine Regel. Denn Regel ist, dass der Akzeptant, ganz abgesehen von Präsentation und Protest, während der Verjährungszeit haftbar ist. Davon besteht nur eine einzige Ausnahme für die domizilirten Wechsel, was genau betrachtet nicht einmal eine eigentliche Ausnahme ist, da hier der Akzeptant in eine dem Aussteller des Wechsels ähnliche Stellung tritt, indem er die Zahlung durch den Domiziliaten gerade so verspricht, wie der Trassant die Zahlung durch den Trassaten, und also auch wie der Aussteller bei Versäumniss von Präsentation oder Protest frei wird. Soll nun das, was Regel ist und also an die Spitze gehört, in einem Nachsatze ausgesprochen werden? Das Fehlerhafte zeigt sich schon in dem Ausdruck: „nicht domizilirter Wechsel“, in welchem die Regel durch eine Negation ausgedrückt ist; denn es gibt eben nur gewöhnliche Wechsel und domizilirte Wechsel. Jener Zusatz ist aber nicht nur am unrechten Platz, sondern auch durchaus überflüssig. Der § 45 des Konkordates (Art. 393 unseres Entwurfes) sagt ja ganz deutlich, dass die Versäumung des Protestes nur den Verlust des Regresses gegen die Indossanten und den Aussteller zur Folge hat und was man nicht verliert, das hat man noch. Unser Entwurf (Art. 397) hat sich aus diesen Gründen der Basler Redaktion nicht angeschlossen.

Bei Bestimmung der Regressansprüche des letzten Wechselinhabers und der Indossanten ist der

Betrag der Zinsen für die Wechselsumme von 5 % auf 6 % erhöht worden (Art. 399 und 400 unseres Entwurfes) Diese Aenderung des Konkordates (§§ 51 u. 52) ist durch die allgemeine Erhöhung des Zinsfusses gerechtfertigt und ist auch übereinstimmend mit Art. 224 unseres Entwurfes, der den gesetzlichen Zinsfuss für den kaufmännischen Verkehr auf 6 % festgesetzt hat.

Rückwechsel (Art. 402).

Das Konkordat bestimmt in § 54: „Der Rückwechsel muss auf Sicht zahlbar gezogen, und direkt zum Inkasso gesandt werden.“ Fick hat nun mit Recht hervorgehoben, dieser Ausdruck werde zur falschen, d. h. auch vom Konkordat nicht beabsichtigten Meinung führen, der Rückwechsel dürfe nicht in Cirkulation gesetzt werden, sondern er müsse vom Rücktrassanten selbst oder jedenfalls von dem in der Rücktratte benannten Remittenten durch Vermittlung eines Inkasso-Mandatars dem Regresspflichtigen zur Einlösung präsentirt werden. Die Basler Grossrathskommission will dem Umstande, dass oft ein direktes Rücktrassiren auf den Wohnort des Regresspflichtigen unthunlich ist, wenn dieser Ort kein Wechselplatz ist, Rechnung tragen und schlägt daher vor: „Der Rückwechsel muss auf kürzestem Wege zum Inkasso gesandt werden.“ Der Grosse Rath von Basel ist aber mit kleiner Redaktionsveränderung zur einfachen und klaren Fassung der deutschen W. O. (§ 53) zurückgekehrt. Diese letztere lautet: „Der Rückwechsel muss auf Sicht zahlbar und unmittelbar (a drittura) gestellt werden.“ Die Basler Redaktion, mit der auch

unser Entwurf (Art. 402) übereinstimmt, hat zur Verdeutlichung beigefügt: „unmittelbar auf den Regresspflichtigen gestellt“ und hat das 3. Alinea mit dem ersten verbunden.

Eine Rückkehr zur deutschen W. O. enthält auch der zweite Satz des Art. 403 unseres Entwurfes. Er ist der Basler Redaktion entnommen und diese dem § 48 der deutschen W. O. Die Bestimmung giebt jedem Wechselschuldner, auch wenn kein Regress gegen ihn vorliegt, das Recht, gegen Bezahlung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten Wechsel und Protest herauszuverlangen. Es liegt darin eine Art Intervention. Das Gutachten der Basler Grossrathskommission sagt über diesen Zusatz zu § 55 des Konkordats Folgendes: „In der Regel dürfte derselbe kaum von praktischer Erheblichkeit sein, indem schwerlich ein Wechselinhaber einem Indossanten die freiwillige Einlösung des Wechsels verweigern wird. Immerhin sind jedoch Fälle denkbar, dass ein Indossant ein Interesse hat, den Wechsel möglichst bald in seine Hände zu bekommen, um sich den Rückgriff an seine Vormänner zu sichern, und unter dieser Voraussetzung wird die vorgeschlagene Bestimmung nützlich und wir halten dafür, dass dieselbe mit Unrecht ausgelassen worden ist.“

Regress gegen mehrere in Konkurs gerathene Regresspflichtige (Art. 405).

Das Konkordat enthält in § 57 den Grundsatz, dass der Regressnehmer berechtigt sein soll, den ganzen Betrag seiner Forderung bei jeder Konkursmasse einzugeben. Dieses Prinzip entspricht dem französischen Gesetz „sur les faillites et banqueroutes" vom 28. Mai 1838, welches in Art. 542 vorschreibt: „Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres co-obligés qui sont en faillite, participera aux distributions dans toutes les masses et y figurera jusqu'à parfait paiement." Hiermit stimmen ferner überein das rheinische H. G. B. (Art. 534), das belgische Fallimentsgesetz (Art. 537), die Konkursordnung für die preussischen Staaten von 1855 (§ 87) und der Entwurf eines Handelsgesetzes für die preussischen Staaten. Schon diese Uebereinstimmung in der neueren Legislation spricht für die Richtigkeit jenes Grundsatzes. Es ist denn auch gerechtfertigt, dass die Zahlungen, die der Regredient aus der einen Masse empfängt, den Forderungsbetrag bei den andern Massen insofern nicht vermindern, als solcher bei Berechnung der Dividenden zum Grunde zu legen ist. Es wäre unbillig, wenn die 30 %, die der Regredient aus einer Masse erhalten hat, zur Folge hätten, dass in einer andern Masse nur noch die restirenden 70 % eingegeben werden könnten. Denn nach einem solchen Systeme würde der Regredient in allen Fällen einen Ausfall erleiden, selbst wenn die Prozentsätze aller Massen zusammengenommen 100 % betragen würden. Endlich ist auch klar, dass jener Grundsatz den Kredit des Wechsels heben muss; denn nach demselben können die Wechselinhaber die Hoffnung haben, durch Mitkonkurriren in allen Kon-

kursen mit der *ganzen* Regressforderung vollständig befriedigt zu werden.

Sobald wir nun aber jenen Grundsatz festhalten wollen, so erscheint dann die Redaktion des Konkordates als mangelhaft. Denn wenn im zweiten Satz des § 57 gesagt ist: „Er (der Regressnehmer) muss jedoch dasjenige, was er aus der Masse erhält, den andern wieder in Abzug bringen", so ist damit jenes Prinzip wieder in Frage gestellt. Wir haben daher diesen Satz, in Uebereinstimmung mit der Basler Redaktion, gestrichen.

Eine zweite Frage, die im Konkordat gar nicht berührt ist, betrifft das *Verhältniss der mehreren Konkursmassen untereinander*. Auch darauf giebt unser Entwurf eine klare Antwort: *Es soll kein Regress einer Masse auf die Massen der Vormänner stattfinden, bis der Wechselinhaber vollständig befriedigt ist.* Auch dieser Grundsatz stammt aus dem zitirten *französischen Gesetz von 1838*, in welchem es heisst: „Aucun recours, pour raison des dividendes payés, n'est ouvert aux faillites des co-obligés les unes contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient ces faillites excéderait le montant total de la créance, ... auquel cas cet excédant sera dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des co-obligés qui auraient les autres pour garants." Eine gleiche Bestimmung, wie die unseres Entwurfs, enthält ferner die *Basler Redaktion* und eine gleichartige findet sich endlich auch in der *Konkursordnung für die preussischen Staaten* vom 8. Mai 1855 (§ 87) und gleichlautend in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussi-

schen Staaten (Art. 742). Die bezügliche Bestimmung lautet: „Die Konkursmassen haben in einem solchen Falle keinen Rückgriff gegen einander, wenn der Gesammtbetrag der Summen, welche aus den sämmtlichen Massen auf die Forderung des Gläubigers vertheilt werden, den Betrag nicht übersteigt, welcher dem Gläubiger gebührt. — Ergiebt sich dagegen bei den Vertheilungen, nach der Befriedigung des Gläubigers, ein Ueberschuss, so findet auf Höhe desselben der Rückgriff nach dem Verhältnisse statt, in welchem die einzelnen Gemeinschuldner unter sich zur Berichtigung der Forderung verpflichtet sind.“

Das System der angeführten Gesetze ist in der Natur der Sache begründet. Denn wenn der Regredient für seine Regressforderung von 10,000 in dem Konkurse von A 20 %, also 2000, und in dem Konkurse des B 60 %, also 6000 erlangt, so soll nun nicht die Masse B von der Masse A den Ersatz von den 10 %, für welche sie über 50 % hinaus bezahlt hat, erlangen können. Denn der Erfolg wäre der, dass in der Liquidation der Masse A für eine Wechselschuld, die doch nicht mehr denn 10,000 beträgt, Eingaben im Betrage von 11,000 gemacht würden. Bezahlt dagegen in dem vorhergehenden Beispiele die Masse A 60 % und die Masse B ebenfalls 60 %, und ist B ein späterer Indossant, als A, so kommen die überschiessenden 20 % in die Masse B. — Alle diese Bestimmungen beziehen sich aber selbstverständlich nur auf das Verhältniss von K o n k u r s m a s s e n; werden also die Regresspflichtigen wieder solvent, so findet der Rückgriff nach dem Rechtsverhältnisse statt, wie es vor dem Konkurse unter ihnen bestanden hat.

Um jenes Verhältniss zwischen den mehreren Konkursmassen, mit Bezug auf einen allfälligen Ueberschuss, wo möglich auf den ersten Blick verständlich zu machen, hat unser Entwurf über die Reihenfolge der Berechtigung auf den Ueberschuss am Schlusse des Art. 405 in Parenthese noch beigefügt: „vom letzten Indossanten an gerechnet".

Notifikationspflicht des Ehrenzahlers. Wie nach Art. 410 der Ehrenakzeptant, so soll nach Art. 415 auch der Ehrenzahler zur Notifikation an den Honoraten verpflichtet sein. Die Unterlassung der Notifikation innert der bestimmten Frist soll zwar nicht den Verlust des Regresses, wohl aber die Haftung für einen daraus entstehenden Schaden zur Folge haben. Ein solcher ist aber auch leicht möglich. Es hat Prof. Fick aufmerksam gemacht, wie z. B. der Trassant von Wechseln sehr stark dabei interessirt sein kann, bevor er an den Trassaten neue Waarensendungen macht und Wechsel auf ihn zieht, zu wissen, ob seine frühern Wechsel durch den Trassaten oder durch einen dritten Intervenienten, mit dem der Trassat vielleicht in betrügerischem Einverständnisse steht, bezahlt worden sind. Darin hat die Gesetzeskommission genügende Motive erblickt, auch dem Ehrenzahler die Notifikationspflicht aufzuerlegen.

Der § 82 des Konkordates spricht von Wechselerklärungen per procura, von Solchen ausgestellt, die keine Vollmacht haben. Die Gesetzeskommission suchte nun eine Lücke auszufüllen dadurch, dass

sie in dem Art. 430 unseres Entwurfes einen zweiten Absatz beifügte, welcher von Vormündern und andern Vertretern spricht, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselerklärungen ausstellen.

Verjährung der Wechselverbindlichkeit des Akzeptanten (Art. 431).

Das Konkordat bestimmt in § 83 eine bloss einjährige Verjährungsfrist für den Wechselanspruch gegen den Akzeptanten. Mit Recht haben die meisten Schriftsteller, besonders Renaud, Finsler und Fick diese Frist als viel zu kurz getadelt und es hat im gleichen Sinne die Basler Redaktion die Frist auf 2 Jahre bestimmt. Die deutsche W. O. endlich bestimmt 3 Jahre und die gleiche Frist enthält nun auch unser Entwurf.

Allerdings waren die Verjährungsfristen der älteren Wechselordnungen schweizerischer Kantone viel kürzer. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass durch die Verjährung nur ein prozessualischer Vortheil verloren ging, während nach unserem heutigen Systeme durch die Verjährung der Anspruch aus dem Wechsel auch in materieller Beziehung, also nicht bloss für den summarischen Wechselprozess, verloren geht und nach Art. 435 nur die sogenannte Bereicherungsklage übrig bleibt, die oft eine sehr geringe praktische Bedeutung hat. Nun hat unser Entwurf mit dem Konkordat auch die sukzessive Regressverjährung angenommen; die Notifikation ist fallen gelassen; die Befreiung der beim Regress übersprungenen Indossanten wird natürlich den Vorsichtigen bewegen, den Nächsten anzugreifen. Durch alles dies aber wird der Regress verzögert und je mehr dieses in Aussicht

steht oder auch nur möglich ist, um so länger muss die Verjährungsfrist gegenüber dem Akzeptanten sein. Sonst kann die Klage gegen diesen erlöschen, noch bevor nur der Regress bis zum Trassanten, dem letzten Regresspflichtigen, gelangt ist. v. Orelli hat zwar Recht, wenn er sagt, dass die leichteren Kommunikationsmittel unserer Zeit keine sehr langen Fristen bedingen; allein mit dem Handel nimmt auch der Wechselverkehr an geographischer Ausdehnung zu und dies gilt nicht am wenigsten von der Schweiz. Andererseits vermögen wir auch nicht einzusehen, dass eine dreijährige Verjährung ein erheblich fatales Resultat haben kann. Besser ist es unter allen Umständen, wenn die Wechselklage etwas länger fortbesteht, als wenn dann an die Stelle derselben die für die Richter so schwierige Bereicherungsklage tritt. Endlich halten wir es für einen Vortheil, uns in dieser Frage der deutschen W. O. anzuschliessen. Auch die Aargauer W. O. setzt drei Jahre fest. Der Code de commerce endlich enthält eine Frist von 5 Jahren.

Höhere Gewalt bei Versäumniss von Fristen (Art. 435).

Das Konkordat bestimmt in § 87, dass durch Verjährung oder durch Versäumniss einer zur Erhaltung des Wechselrechts vorgeschriebenen Frist oder Form die wechselrechtlichen Verbindlichkeiten sämmtlicher Verpflichteten erlöschen. Die Frage jedoch, ob diese Wirkung auch dann eintritt, wenn ein Zufall oder gar höhere Gewalt (force majeure) Veranlassung waren, ist im Konkordat und ebenso in der Basler Redaktion

nicht berührt, scheint uns aber nach der absoluten Fassung jener Bestimmung verneint werden zu müssen. Auch die deutsche W. O. enthält keine Entscheidung. In den Konferenzen von Leipzig wurde freilich jene Frage der Berücksichtigung der höhern Gewalt zuerst bejaht; der Versuch aber, eine genügende Fassung zu finden, scheiterte. Dabei wurde dann ausdrücklich anerkannt, dass nicht der gewöhnliche Zufall, sondern nur allgemeine grosse Unglücksfälle und Begebenheiten, welche auch z. B. einen Stillstand der Rechtspflege bewirken, hiebei Berücksichtigung verdienten. Solche seltene und ungewöhnliche Ereignisse bedürfen nun aber der Voraussicht des Gesetzgebers nicht, sondern können eintretenden Falles von der gesetzgebenden Behörde berücksichtigt werden, in der Weise, wie ein provisorisches Gesetz vom 26. Februar 1848 in Frankreich wegen der revolutionären Ereignisse die Verfallzeit der Wechsel hinausschob. In diesem Sinn ist dann schliesslich in die deutsche W. O. keine Bestimmung aufgenommen worden. Das Gleiche gilt auch von dem schweiz. Konkordat; wenigstens spricht sich Burkhardt in seinen Motiven (pag. 107 und 108) sehr energisch gegen jede Art der Entschuldigung aus; der Verfalltag ist für ihn ein dies fatalis, an dem sich das Geschick des Wechsels unabänderlich entscheiden müsse. Will man mitleidig und billig sein, wobei man aber gar oft ebenso mitleidslos und unbillig gegen Andere sein muss, so wird man von einer Stufe zur andern gedrängt und ein festes „non plus ultra" ist sehr schwer aufrecht zu halten.

Anderer Ansicht ist die Basler Grossrathskommission (Gutachten pag. 17 und 18). Ein Antrag, durch ausdrückliche Bestimmung Zufall und höhere

Gewalt als Befreiungsgründe auszuschliessen, wurde nicht gutgeheissen. Die Argumentation scheint uns aber so zu sein, dass eher das Gegentheil des Beschlusses daraus hervorgeht. Das Gutachten betont, dass es fast unmöglich sei, den gewöhnlichen Zufall von „vis major" genau zu scheiden. Damit argumentirt es gegenüber einem Antrag, der just darauf hingeht, den Zufall und die höhere Gewalt nicht zu scheiden, sondern beide absolut ausschliesst. Umgekehrt will dann gerade die Grossrathskommission vom gewöhnlichen Zufall diejenigen Fälle unterscheiden, denen gegenüber der Einzelne vollständig verschwindet, und von denen Alle betroffen werden, wo der Satz gelte: „impossibilium nulla est obligatio." Diese Unterscheidung soll aber nicht vom Gesetze gemacht werden, sondern — sich von selbst verstehen. Dass nun vor Allem diese letztere Annahme ganz unbegründet ist, beweist schon die schwebende Diskussion und die ausdrücklich ausgesprochene entgegengesetzte Ansicht des Redaktors des Konkordates. Jenes Gutachten setzt voraus, dass man allgemein einverstanden sei, die Berufung auf den casus nicht zuzulassen. Wir sind dagegen überzeugt, dass beim Stillschweigen des Gesetzes von dem einen Gericht auch die „höhere Gewalt" ausgeschlossen wird, während von einem andern allen möglichen Einreden Thür und Thor geöffnet wird. Wir halten also dafür, es müsse das Gesetz in dieser wichtigen Frage, mit der die Wechselstrenge innig zusammenhängt, einen festen Entscheid fassen. Was sodann den Inhalt dieses Entscheides betrifft, so beweist jenes Gutachten am besten, dass man sich keine bestimmte Idee davon gemacht hat, welches nun eigentlich der ausserordentliche Zufall sein soll, auf den sich der Säumige berufen kann. Bald scheint es, man wolle jede „force majeure" dazu

nehmen; dann aber spricht das Gutachten wieder bloss von „Calamitäten", welche nicht den Einzelnen berühren, sondern einen allgemeinen Karakter haben. Abgesehen von der Unklarheit einer solchen Unterscheidung halten wir aber auch dafür, dieselbe sei in der Natur der Sache gar nicht begründet. Denn warum soll der einzelne Säumige, der entschuldigt ist, wenn der Zufall zugleich noch viele Andere trifft, nicht entschuldigt sein, wenn das Unglück, die Unmöglichkeit, eine Frist einzuhalten, nur ihn allein trifft? Im Gegentheil ist im erstern Falle die Behörde in der Lage, durch eine gesetzgeberische Massregel zu Hülfe zu kommen, während sie es im letztern nicht ist.

Aus diesen Gründen hat unser Entwurf in Art. 435 dem ersten Hauptsatze über das Erlöschen der Verbindlichkeiten beigefügt: „ohne Rücksicht darauf, ob die Verjährung oder Versäumniss durch höhere Gewalt oder sonstige Umstände veranlasst wurde."

Einreden im Wechselprozess (Art. 436).

Wir haben diese Materie schon oben ausführlich behandelt und darum bleibt uns hier nur übrig, auf einzelne Veränderungen, die an der Bestimmung des Konkordates (§ 102) vorgenommen worden sind, aufmerksam zu machen. Im Konkordat ist von den Einreden gegen die Klage „aus dem Wechsel oder der Anweisung" die Rede; in unserm Entwurf aber, da von der Anweisung erst der dritte Abschnitt handelt, nur vom Wechsel.

Wenn ferner das Konkordat nur diejenigen Einreden zulässt, „welche auf einer Bestimmung dieser Wechselordnung beruhen," so hat schon Renaud getadelt, dass danach Einreden, welche ihr rechtliches Fundament im Wechselrechte überhaupt haben, verworfen werden müssten. Unser Entwurf erklärt daher diejenigen Einreden für zulässig, „welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen."

Endlich sagt unser Entwurf: „Der Einwand der Simulation oder Kompensation, sowie Widerklagen dürfen nicht stattfinden", während das Konkordat dahin lautet, sie dürfen niemals stattfinden. Unser Entwurf will dadurch ausdrücken, dass die genannten Einreden nur für den Wechselprozess, nicht aber auch für den gewöhnlichen Prozess, also nicht für immer, ausgeschlossen sein sollen.

Von dem ganzen sechsten Abschnitt des Konkordates über Wechselexekution und Wechselprozess (§§ 96 bis 106) ist in unserm Entwurfe allein die angeführte Bestimmung über die Einreden stehen geblieben. Schon das Konkordat selbst gestattet in § 106 der Kantonalgesetzgebung jedes konkordirenden Standes, „für die Exekution unbestrittener Wechselschulden, sowie für die Vollstreckung gerichtlicher Urtheile in Wechselsachen ein schnelleres Verfahren durch sofortige Pfändung, Konkurseröffnung und dergleichen einzuführen, sofern sie nicht schon ein solches besitzt." Noch weiter geht aber der Beschluss der im Mai 1856 in Bern abgehaltenen Konferenz

von Kantonsabgeordneten, nach welchem „die Annahme des sechsten Abschnittes den Kantonen fakultativ überlassen werden soll.“ (Konferenz-Protokoll pag. 30). Von dieser Fakultät haben nun auch die Kantone, welche den Konkordatsentwurf adoptirt haben, Gebrauch gemacht. Solothurn hat von dem sechsten Abschnitte nur die §§ 102, 105 und 106 aufgenommen. Auch Bern, Luzern, Basel-Stadt und Schaffhausen haben zwar einzelne Bestimmungen des Konkordates aufgenommen und namentlich enthalten Alle unsern § 102 über die Einreden; im Uebrigen hat jeder dieser Kantone die Wechsel-Exekution und den Prozess in besonderer Weise und im Einklang mit der betreffenden kantonalen Gesetzgebung geregelt. Die Erfahrung hat nun also zweierlei gelehrt: vor Allem erscheint die Aufstellung von gemeinsamen Normen über Exekution und Prozess als ein vergebliches Bemühen; die verschiedenen Verhältnisse der Kantone in Organisation der Gerichte und Prozessart vereiteln dasselbe immer wieder. Bei dieser Sachlage ist nun aber vorzuziehen, in den gemeinsamen Entwurf gar nichts über diese Materie aufzunehmen, statt etwas, das dann doch nicht überall angenommen wird und die Einheit wieder zerstört. Was hilft es uns, einen sechsten Abschnitt des Konkordates zu haben, der aber keine grössere Bedeutung hat, als die eines guten Rathes an die Kantone? Eine zweite Lehre liegt dann aber darin, dass, trotzdem die Kantone sich an den Konkordatsentwurf nicht gehalten haben, dennoch alle mehr oder weniger strenge Exekutions- und Prozessnormen aufgestellt haben. Dies giebt uns die Zuversicht, dass die Kantone auch von sich aus darauf halten werden, Bestimmungen über formelle Wechselstrenge, die für den Kredit so wichtig sind, in ihren Einführungsgesetzen aufzustellen, und um so mehr kann

unser Entwurf davon Umgang nehmen. Nur den einen, aber folgereichsten Satz über die Einreden hat unser Entwurf aufgenommen; derselbe ist auch bis jetzt in allen Kantonen des Konkordates rezipirt worden.

Auswärtige Gesetzgebung (Art. 437 u. 438).

§ 93 des Konkordates ordnet die Wechselfähigkeit von Angehörigen der Kantone, welche dem Konkordate nicht beitreten, sowie von Ausländern. Dieselben sind als wechselfähig zu betrachten, insofern sie sich nach den ihre Vertragsfähigkeit bestimmenden Gesetzen durch Verträge verpflichten können. Anerkennt also z. B. das Berner Civilgesetz für die Vertragsfähigkeit eines Franzosen die Geltung des Code civil, so soll es für die Wechselfähigkeit desselben darauf ankommen, ob er sich nach dem französischen Gesetz durch Verträge verpflichten kann. Unser Entwurf konnte diese ganze Bestimmung streichen, weil er schon Bestimmungen allgemeiner Natur enthält, die nun auch hier zur Anwendung kommen. Einerseits erklärt nämlich der Art. 348 Jeden für wechselfähig, welcher sich durch Verträge verpflichten kann. Andererseits ist nach Art. 205 des Entwurfs ein Kantonsfremder vertragsfähig, sowohl wenn er den Bestimmungen entspricht, welche auch für die Einheimischen gelten, als auch, wenn ihm nach seinem Heimathgesetze die Vertragsfähigkeit zusteht. Statt jener singulären und nicht sehr einfachen Bestimmung des Konkordates haben wir nun einen klaren, allgemeinen Grundsatz, der auf den Kredit nur wohlthätig einwirken kann.

Nach § 94 des Konkordates sollen die „Erfordernisse" einer jeden Wechselerklärung nach dem Gesetze des Ortes ihrer Vornahme beurtheilt werden. Unser Entwurf fügt zu den „Erfordernissen" noch die „Wirkungen" eines Wechsels oder jeder andern Wechselerklärung bei. Wir halten diesen Zusatz zum Konkordat für bedeutungsvoll; denn auf die Wirkungen einer Wechselunterschrift beziehen sich gerade die Hauptunterschiede zwischen den Gesetzgebungen verschiedener Gebiete und da besteht also die grösste Gefahr der Unsicherheit. Der Grundsatz ist aber selbst auch unbestreitbar richtig; es liegt in der Natur der Sache, dass die Wirkungen eines Geschäfts nach dem Momente bemessen werden, in dem sie ihren Ursprung genommen haben, also nach dem Momente und übereinstimmend auch nach dem Orte der Vornahme der in Frage stehenden Wechselerklärung. Mit dieser Ansicht ist namentlich auch Wächter (Wechselrecht, pag. 764 u. flg.) einverstanden, indem er sagt: „Die Wirkungen der Wechselerklärungen richten sich nach den Gesetzen des Ortes ihrer Ausstellung; diese entscheiden sonach über die Anwendbarkeit der sogenannten materiellen Wechselstrenge, die Wirksamkeit der Indossamente, den Umfang der Regressansprüche, die Wechselverjährung."

Der § 438 endlich, der von den Gesetzen spricht, welche die Form von Handlungen regieren sollen, enthält den bekannten Satz: „locus regit actum." Er stimmt mit § 95 des Konkordates im Allgemeinen überein, beschränkt aber seine Regel nicht, wie dieses, auf die Handlungen, welche „in einem nicht konkordirenden Kantone oder im Ausland" vorzunehmen sind.

Der eigene Wechsel.

Nach § 88 des Konkordates bedarf der eigene Wechsel zur gültigen Form „die in den Context aufzunehmende Bezeichnung als Wechsel.“ Diese Bestimmung widerspricht aber direkt der in der romanischen Schweiz bestehenden Uebung, nach welcher der eigene Wechsel nie anders, als „billet à ordre“ und nicht mit dem Ausdruck „Wechsel“ bezeichnet wird.

Allerdings ist nach den Wechselgesetzen, die dem Code de commerce gefolgt sind, auch für den gezogenen Wechsel nicht mehr erforderlich, als dass er „à ordre“ laute und die Bezeichnung als „Wechsel“ ist auch hier nicht verlangt. Allein es wird französischer Sitte kein Zwang angethan, wenn hier die Bezeichnung als „lettre de change“, „première de change“ etc. verlangt wird, da dieselbe schon jetzt gebräuchlich ist. Unzweifelhaft ist bei der allgemeinen Wechselfähigkeit ein festes Kennzeichen für die Tratte zum Schutz der nichtkaufmännischen Volksklassen sehr wünschbar; ein solches Kennzeichen ist aber die Ordreklausel allein nicht, da es ausser dem Wechsel noch andere Papiere giebt, die an Ordre lauten.

Was nun den eigenen Wechsel betrifft, so sprechen zwar die letztangeführten Gründe dafür, dass auch hier die Ordreklausel nicht genügen soll. Allein auf der andern Seite stehen nicht nur die allgemeine Uebung der romanischen Schweiz, sondern auch die sämmtlichen Wechselordnungen derselben: in Genf und in dem bernischen Jura Code de commerce, Art. 188; im Kanton Waadt Loi du 4 juin sur les lettres de change et les billets à ordre, Art. 85; in Freiburg

Code de commerce, Art. 175; in Neuenburg Loi sur quelques matières commerciales du 3 juin 1833, Art. 85; in Wallis Loi du 20 novembre 1856 sur les lettres de change et les billets à ordre, Art. 75; in Tessin Codice civile, Art. 1315: „Il biglietto, che non è all' ordine ma a semplice favore, non è girabile alla forma delle cambiali, ma è considerato come un' altra obbligazione." In diesen Gesetzen, sowie im dortigen Verkehr wird der eigene Wechsel nirgends „lettre de change" geheissen. Wenn nun das Konkordat trotzdem vorgeschrieben hat, dass die Bezeichnung „Wechsel" im Context stehen müsse, so hat es der romanischen Schweiz viel zugemuthet und ein grosses Hinderniss der Annahme desselben geschaffen. Unser Entwurf macht auch hier eine Konzession und erklärt den eigenen Wechsel für gültig, sowohl wenn er als „Wechsel" bezeichnet ist, als wenn er an Ordre lautet. Damit ist den Gebräuchen sowohl der deutschen, als der romanischen Schweiz Rechnung getragen.

Es ist allerdings geltend gemacht worden, jene Zumuthung des Konkordates an die romanische Schweiz sei nicht stärker, als diejenige, die dasselbe an Basel gestellt hat. Hier haben nämlich bis zur Annahme des Konkordates (1 August 1863) die eigenen Wechsel „Avali" geheissen; von da an sind die so bezeichneten eigenen Wechsel als ungültig angesehen worden. Die Kaufleute waren darüber im Anfange aufgeregt; allein nach kurzer Zeit waren die Avali, nachdem sie einmal begraben, auch vergessen. Ein ähnliches Beispiel bieten auch die Rheinlande, wo bis zur allgemeinen deutschen W. O. die billets à ordre, ohne als „Wechsel" bezeichnet zu sein, sehr häufig waren, während jetzt der Eigen-

wechsel in französischer Fassung lautet: „Je payerai contre cette lettre de change etc.“; auch diese Wandlung ging leicht und ohne Widerstreben vor sich. Nichtsdestoweniger hat unser Entwurf sich dahin entschieden, lieber die Verkehrssitte und den Sprachgebrauch unseres Westens und Südens zu schonen, denn etwas Fremdartiges aufzudrängen, das die Annahme des ganzen Entwurfs in Frage stellen könnte. (Vergl. Fick, Uebersicht pag. 104 u. 105)

Die Anweisung. Art. 441 und. 442.

Die Anweisung des Konkordates und unseres Entwurfs ist nichts anderes, denn ein gezogener Wechsel, bei dessen Ausstellung und Indossirung jedoch nur die Bezahlung, nicht aber auch die Akzeptation versprochen wird. Daraus resultirt, dass der Aussteller der Anweisung und die folgenden Indossanten wegen Verweigerung der Akzeptation, die sie ja nicht versprochen haben, auch nicht regresspflichtig sind. Dies verschafft einerseits den Vortheil, eine Anweisung selbst mit langer Frist ausstellen zu können, ohne zugleich auch für Deckung des Angewiesenen (Assignaten) sorgen zu müssen, hat aber andererseits den Nachtheil, den Kredit des Papiers zu schwächen. Im Uebrigen bleibt sich juristisch alles Andere gleich. Wie beim Wechsel der Trassat, so ist auch hier der Angewiesene nicht verpflichtet, das präsentirte Papier zu akzeptiren. Thut es aber der Angewiesene, so soll er in der gleichen Stellung sein, wie der Trassat, der einen Wechsel akzeptirt hat. Wir finden sehr triftig, was die Mehrheit der Basler Grossrathskommission in ihrem Gutachten zur Ver-

theidigung dieses Satzes geltend macht: „Der Satz der Minderheit, dass ein solches Akzept keine wechselrechtliche, sondern höchstens eine civilrechtliche Bedeutung haben soll, müssten wir als eine höchst bedenkliche und den Kredit unseres Platzes gefährdende Neuerung betrachten, indem dadurch eine karakteristische Erklärung, nämlich die Akzeptation, zu einer inhaltslosen Formel herabgewürdigt würde, dazu angethan, um den Basler Akzept in dem Verkehr zu diskreditiren, unsere Gesetzgebung mit denjenigen der umliegenden Staaten in Widerspruch zu bringen und Unkundige zu täuschen.“

Wenn nun nach dem Vorhergehenden der Angewiesene selbst aus seinem Akzepte nach vollem Wechselrecht verpflichtet wird, so darf jedoch dieses Akzept den Aussteller der Anweisung und seine Nachfolger in keine schlimmere Lage bringen. Sie haben die Akzeptation nicht versprochen und müssen also, trotzdem dieselbe erklärt ist, bis zur Verfallzeit frei sein. Um auch über diesen Satz keinen Zweifel zu lassen, haben die Basler Redaktion und unser Entwurf (Art. 442) als Zusatz zum Konkordat (§ 92) erklärt, dass der Aussteller und die Indossanten auch dann nicht Sicherheit leisten müssen, wenn der Angewiesene, der akzeptirt hat, noch vor dem Verfalltage seine Zahlungen einstellt oder in Konkurs fällt.

Man muss den juristischen Inhalt der Anweisung klar erkennen, um dann auch richtig beurtheilen zu können, welche Form jenem Inhalte entspricht. Die Anweisung ist eine Variation der Tratte; sie ist ein durch und durch wechselmässiges Institut; sie theilt die strengformale Natur des Wechsels. Auch sie ist losgelöst von

allen frühern Rechtsverhältnissen; auch sie ist gültig ohne eine causa; auch das Indossament der Anweisung begründet ein Recht, das von dem Rechte früherer Inhaber unabhängig ist; auch die Anweisung hat den springenden Regress mit seinen strengen kurzen Fristen zur Folge; auch dem Inhaber der Anweisung haften nicht bloss alle Vormänner, sondern ein Jeder und endlich gilt auch im Prozess über die Anweisung der Ausschluss einer Menge von Einreden. Zu solchem Inhalte passt nun aber offenbar auch nur eine sehr feste und darum äusserlich leicht erkennbare Form.

Dieser letztere Satz gilt in gleicher Weise auch vom Wechsel. Darum verlangt der Entwurf wenigstens für die Tratte, dass sie im Context als „Wechsel" bezeichnet sei. Ebenso verlangen nun das Konkordat und auch die Basler Redaktion für die Anweisung, dass sie „im Context als solche bezeichnet" sei. Wir haben uns nun aber gefragt, ob diese Formbedingung bei der Anweisung genügen könne. Es erhellt schon aus dem Gesagten, dass unter „Anweisung" zwei sehr verschiedene Institute verstanden werden können: denn ein jedes Civilgesetz kennt eine Anweisung, die aber mit der oben geschilderten Anweisung wenig Gemeinsames hat. Wir erinnern hier insbesondere an das Bündner (§§ 359 u. flg.) und das Zürcher Civilgesetz; das letztere handelt in den §§ 1195 bis 1205 von der Anweisung oder Assignation und zwar unter dem Titel „einfache Anweisung". Dadurch wollte der Gesetzgeber die „kaufmännische Anweisung" ausscheiden, um dieselbe dem Wechselgesetz zu überlassen (Vergl. Bluntschli, Anmerkungen zu § 1195). Die einfache Anweisung bedarf keiner solennen Form, hat in

den Wirkungen nichts vom Wechsel, sondern ist ganz einfach die Verbindung zweier Aufträge des Assignanten, von welchen der erste an den Assignaten oder Angewiesenen zum Bezahlen und der zweite an den Assignatar zum Beziehen. Wenn nun gefragt wird, wie sich diese „einfache" Anweisung von der wechselmässigen Anweisung äusserlich erkennbar unterscheiden lasse, so ist leicht zu ersehen, dass die Lösung des Konkordates nicht genügt. Allerdings soll nach demselben die Anweisung als solche bezeichnet sein; allein dies wird natürlich auch bei der einfachen Anweisung gewöhnlich der Fall sein. Allerdings verlangt das Konkordat (§§ 3, 4 und 92) für die Anweisung die Angabe von Zeit und Ort der Ausstellung, die Verfallzeit, den Zahlungsort u. s. w.; allein alle diese Angaben finden sich in der Regel auch in der gewöhnlichen Anweisung. Wo liegt nun der Schutz eines Schuldners, der eine einfache Anweisung unterschreiben will, ohne sich den strengen Wechselfolgen zu unterwerfen? Soll der Richter vielleicht entscheiden, welche Art der Anweisung beabsichtigt war? dies würde zu einer Quelle von Streitigkeiten. Oder sollen etwa nur Anweisungen von Kaufleuten als wechselmässige Anweisungen betrachtet werden? dies wäre im grellen Widerspruch gegen die allgemeine Wechselfähigkeit und vom praktischen Gesichtspunkte aus ganz falsch; denn es sind just Nichtkaufleute, wie Handwerker und Landwirthe, die sich der Anweisungen bedienen, während im grossen Handelsverkehr der Wechsel vorherrscht. Gerade Handwerker kommen oft in den Fall, zur Bezahlung von Rohmaterialien Anweisungen auszustellen, für deren Deckung sie erst bis zur Verfallzeit zu sorgen haben. Vorher ist es ihnen oft unmöglich, weil sie erst aus den gefertigten Waaren Geld lösen.

Das einzige Mittel, jenen Zweck der sichern Unterscheidung zu erreichen, erscheint uns danach, für unsre Anweisung eine Form vorzuschreiben, die dem gewöhnlichen Verkehr ferne steht und in diesem Sinn bestimmt unser Entwurf in Art. 441, es müsse die Anweisung nicht bloss als solche bezeichnet sein, sondern auch an Ordre lauten. Fehlt eine dieser Formen, so liegt nicht die wechselmässige Anweisung vor, sondern die Anweisung des gewöhnlichen Civilrechts.

Endlich hat unser Entwurf in dem Abschnitt über die Anweisung auch den Versuch gemacht, das Institut der Bankanweisung (Chèque) legislatorisch zu ordnen. Wir werden die bezüglichen Bestimmungen der Art. 443 und 444 in den nachfolgenden Bemerkungen zu rechtfertigen suchen.

Die Bankanweisung (chèque).

Das Institut der chèques, das sich in unsern Tagen auch auf dem Continent mehr und mehr einbürgert, stammt aus England. Der englische cheque ist gegen Ende des vorigen Jahrhunderts aufgekommen, nach der Angabe von Henry Dunning Macleod (the elements of political economy) um's Jahr 1772. Die Ausgabe von Banknoten war seit Gründung der englischen Bank ein Monopol derselben; ein Akt von 1742 verbietet andern Bankinstituten und Bankiers, Zahlung zu leisten vermittelst

eines auf erstes Begehren des Trägers oder auf einen Termin von weniger als sechs Monaten zahlbar ausgestellten Zahlungsversprechens. Da entstand nun um jene Zeit ein Geschäftsgebrauch, nach welchem die Privatbankiers die Einzahlungen in Geld oder in Kreditpapieren den Deponenten auf den Kredit schrieben, ihnen zugleich auch eine Anzahl gedruckter Formulare in die Hand gaben, durch deren Ausfüllung und Begebung der Deponent bis auf den Betrag seines Depositums in einfachster Weise Zahlungen leisten konnte. Ein solches Papier heisst cheque und hat die gewöhnliche Form einer Anweisung, ausgestellt von dem, der Geld deponirt hat, und lautend auf das Bankinstitut oder den Bankier. Macleod sagt uns darüber (pag. 287): „When their customers brought them bills to discount, instead of giving them their promissory notes payable to bearer on demand, they wrote down the value of the bill to the credit of their customers in their books. They then gave them books containing a number of printed forms. These forms were called cheques, and were bills of exchange drawn upon the banker payable to bearer on demand."

Diese Art der Zahlung durch cheques ist heute in Nordamerika und England ein verbreiteter Landesgebrauch geworden. Niemand hat mehr baares Geld in der Kasse oder in der Tasche, als er für kleine Ausgaben bedarf; statt dessen trägt er sein cheques-Heft bei sich und will er eine Zahlung leisten, so schneidet er ein Formular aus dem Heft heraus und füllt es aus mit der Summe, die er zu bezahlen hat. Jeder Verkäufer, der seinen Schuldner kennt, nimmt ganz ruhig den cheque an Zahlungsstatt an; denn er kann bei dem Bankier, auf den er lautet, ohne Verzug die Einlösung desselben anbegehren

und hat selbst innert einer gewissen Frist einen Rückgriff. Es ist schon vor 25 Jahren berechnet worden, dass der Betrag der Geschäfte, die in England jeden Tag verkehrt werden, 63 Millionen Franken ist, und hiefür nur 500,000 Franken in Banknoten, 12,500 Franken in Münze in Anspruch genommen, der ganze Rest von mehr denn 62 Millionen dagegen in cheques vermittelt wird. In den letzten Jahren belief sich in London die Summe von Zahlungen durch das System der cheques auf die ungeheure Summe von 36 Milliarden, in New-York auf 45 Milliarden per Jahr, also täglich auf mehr denn 123 Millionen.

Es ist klar, was für ausserordentliche ökonomische Vortheile dieses System, in solcher Ausdehnung angewendet, mit sich bringen muss. Es ist durch ein einfaches Stück Papier gelungen, die Sicherheit und Fruchtbarkeit des ruhigen Depositums zu vereinigen mit der Beweglichkeit und Leichtigkeit des raschen Verkehrs. Man weiss, dass sich in unserer Zeit die Depositen in Kontokurrent bei den 12 Aktienbanken (Joint-stock banks) in London auf 1 Milliarde und 500 Millionen belaufen; ausserdem giebt es aber in London noch 54 Bankhäuser, welche Depositen empfangen und so steigt wohl die Gesammtsumme bis auf 3 Milliarden Franken. Dieser enormen Summe gegenüber kann man sagen, dass auf dem Continent das Geld noch zerstreut und unfruchtbar in Kisten und Kasten schläft, „enfoui dans les bas de laine“, wie sich Morny in der französischen Legislative (Sitzung vom 25. Mai 1864) ausdrückte. Wenn auch in der Schweiz das System von Sparkassen und andern Depositenanstalten im Gedeihen ist, so ist doch

gewiss, dass immer noch ein sehr bedeutendes und besonders viel kleines Kapital in den einzelnen Haushaltungen brach liegt und rechnen wir für 500,000 Haushaltungen auch nur ein durchschnittliches Sümmchen von je 50 Fr., so ergiebt sich schon dadurch ein unfruchtbares Gesammtkapital von 25 Millionen. Diese Summe k a n n aber auch durch Sparkasseneinlagen allein n i c h t fruchtbar gemacht werden, weil ohne den chèque ein Jeder gezwungen ist, fort und fort eine verhältnissmässige Summe im Kasten liegen zu haben, um dem täglichen Bedürfniss begegnen zu können und sich nicht Verlegenheiten auszusetzen. Mit dieser Nothwendigkeit sind aber eine Menge von Nachtheilen verbunden; sie werden in einer neuern französischen Schrift folgendermassen bezeichnet: »danger de vol; danger d'incendie; danger de perte dans le transport; danger d'erreur dans le compte; ennui de compter sans cesse: ennui d'attendre le payement; ennui de passer des écritures; ennui de surveiller.« Es ist gewiss nicht zu verkennen, dass alle diese übeln Dinge wenigstens da, wo es den Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns angeht, nicht so gering anzuschlagen sind, wie dies von dem in der Routine befangenen Gewohnheitsmenschen zu geschehen pflegt. Man denke nur an die Millionen, die meist zweimal jährlich von Eisenbahn- und industriellen Gesellschaften an die Aktionäre oder Obligationäre ausbezahlt werden. Wie viel geht da, besonders bei einem starken Zudrang zur Kasse, an Zeit und Zinsen verloren und hat man endlich sein Geld oder seine Banknoten u. s. w., so bringt man sie heim, »la main sur la poche et l'oeil défiant.«

Endlich besteht eine der Hauptwirkungen der chèques darin, dass durch deren mächtige Mithülfe zur

Vermittlung des Verkehrs das Bedürfniss nach baarem Geld sich verringert, der Preis desselben bei verminderter Nachfrage fällt, und also auch die Gefahr von Geldkrisen ermässigt wird. Es ist ein schlagender Beweis für die wohlthätigen Wirkungen der chèques, dass in England, wo sozusagen jeder Zahler seinen Bankier und sein chèques-Carnet hat, mit einem Metallreichthum von ungefähr einer Milliarde in einem Jahr für 75 bis 80 Milliarden Geschäfte gemacht werden, während Frankreich, wo der chèque noch nicht heimisch ist, mit einem Metallvorrath von 4 bis 5 Milliarden kaum für 40 Milliarden Geschäfte macht.

Wenn wir in dem Vorhergehenden von der ausserordentlichen Rolle gesprochen haben, zu welcher die cheques in England und namentlich in London berufen sind, so müssen wir auch der Institution des Londoner „Clearing house" Erwähnung thun. Denn der englische cheque hat erst durch dieses Compensationsinstitut seine grossartige Anwendung erhalten. Das Clearing house ist eine Vereinigung von Londoner Bankhäusern. Lange Zeit war diese Vereinigung sehr ausschliesslich; die Clearing bankers liessen die London and Westminster bank nicht weniger als 20 Jahre auf die Aufnahme in ihren Kreis warten und erst am 8. Juni 1854 wurden die Joint-stock banks in das Clearing house aufgenommen. Heute (1864) besteht das Clearing house aus 31 Bankhäusern, von denen 12 in der Lombard Street und die übrigen ohne Ausnahme in der unmittelbaren Nachbarschaft sich befinden, was für den Geschäftsgang des Institutes von Wichtigkeit ist.

Wir haben erwähnt, dass in England schon seit Langem die Gewohnheit besteht, seine Fonds in Konto-

kurrent bei einem Bankier zu deponiren und seine Zahlungen durch cheques zu leisten. Dies hat zum Resultat, dass der grösste Theil der Fonds, welche täglich bei den Bankiers deponirt werden, selbst wieder in cheques auf die verschiedenen Banken besteht. Sind dieselben auf Bankiers gezogen, welche nicht zum Clearing house gehören, so werden sie in gewöhnlicher Weise einkassirt. Weitaus der grösste Theil von Contokurrenten aber befindet sich bei den Clearing bankers und da erfolgt nun eine Compensation in grossem Style. Hat der Kaufmann A bei dem Clearing banker Jones Fonds deponirt, und hat er eine Zahlung zu leisten an B, der bei dem Clearing banker Stevenson in Kontokurrent steht, so giebt A dem B einen cheque, lautend auf sein Haus Jones, B aber kassirt diesen cheque bei Jones nicht ein, sondern giebt ihn, wie baares Geld, als Deposit seinem Bankier Stevenson. In dieser Weise erhält Stevenson cheques, welche auf Jones oder in derselben Weise auf andere Clearing bankers lauten; aber auch umgekehrt Jones und Andere erhalten cheques auf Stevenson u. s. f. Es ist nun die Aufgabe des Clearing house, in schnellster Weise alle diese kreuz und quer laufenden cheques zu kompensiren und damit die Geld und Zeit raubende Einkassirung derselben zu ersparen. Dies geschieht nun in sehr einfacher Weise.

Das Clearing house ist ein grosser Saal mit ebenso vielen Schreibtischen, als es Clearing bankers giebt, von denen ein Jeder durch ein paar Angestellte vertreten ist. Nun bringen mehrmals im Tage die Boten eines jeden Bankiers die eingegangenen cheques (und andere Werthpapiere) und deponiren sie auf dem Tische desjenigen Hauses, auf das sie lauten. Jedes Haus hat

nun zwei Formulare und trägt auf das eine die Debit- und auf das andere die Kreditposten ein und zwar ist auf jedem Formulare für jeden der 30 übrigen bankers eine besondere Rubrik. Es versteht sich aber, dass jeder banker auch zu prüfen hat, ob der auf ihn lautende cheque ein gutes Papier ist, d. h. ob der Betrag desselben durch die Fonds, die er von dem Aussteller des cheque in Händen hat, gedeckt ist. Um 4 Uhr Abends wird die Eintragung geschlossen und nun ergiebt sich durch einfache Addition und Vergleichung für jeden Clearing banker, ob er den sämmtlichen übrigen Clearing bankers gegenüber, also alle Rubriken zusammengenommen, noch etwas schuldig ist oder aber zu fordern hat und wie viel. Geht ein banker aus der Kompensation für einen Rest als Gläubiger hervor, so wird dieses Guthaben durch ein Mandat auf die Bank von England getilgt, welche dessen Rechnung um so viel kreditirt und ihm einen Titel giebt. Umgekehrt stellt der banker, der Schuldner ist, ein Mandat aus, durch welches er die Bank von England autorisirt, seine Rechnung mit der betreffenden Summe zu belasten. So sehen die Clearing bankers jeden Abend ihre Rechnung bei der Bank nach dem Resultat der Compensation während des Tages modifizirt. So wird dann in dieser Weise, mit 30 Mandaten im Maximum, dasselbe erreicht, was ohne dies tausende von Mandaten bedurft hätte. Es hat der Nationalökonom Courcelle-Seneuil (Journal des Economistes, août 1864) zu berechnen versucht, wie viel in Paris durch das System eines Clearing house oder „chambre de liquidation" an Kosten, Zeit- und Zinsverlusten erspart werden könnte und gelangt zu einer jährlichen Summe von wenigstens 16 Millionen. Es ist von Interesse, seine Berechnung zu kennen; er sagt namentlich Folgendes:

« On parle de recouvrements de 100 millions effectués en un jour, à Paris, dans quarante mille domiciles, et ces chiffres ne tarderont pas à representer la moyenne des recouvrements quotidiens de la banque de France. Prenons-les pour base de quelques réflexions. Les employés de la banque sont aux recouvrements dès la première heure et rentrent à trois heures; il faut donc que le montant des effets soit prêt dès la veille, ou que le débiteur de l'effet s'expose à courir de trois à quatre heures après le garçon de recette à la Banque de France. En général, on va chercher les fonds la veille. Voilà donc quarante mille individus, commerçants laborieux pour la plupart, qui vont chez leur banquier recevoir en espèces ou billets, compter, transporter et garder 100 millions de francs. Les banquiers ont dû avoir cette somme du matin ou de la veille, et ils n'en pourront disposer que le lendemain à la Banque de France, après que les recouvrements auront été faits ; il faut même qu'ils aient chez eux une somme pour rembourser à la Banque de France ceux des effets fournis par eux qui n'auraient pas été payés exactement ou dont le domicil n'aurait pas été exactement indiqué. Il n'y a donc nulle exagération à compter que 100 millions restent inactifs un jour entier. Je crois même qu'on serait plus près de la vérité en calculant à deux jours l'inactivité de cette somme.

100 millions inactifs tous les jours n'entrent pas évidemment dans le travail de la production. L'intérêt qu'ils pourraient produire est donc perdu, aussi bien que le temps des 40,000 personnes qui ont reçu, compté, transporté et payé les 100 millions. Évaluons ce temps à 1 heure et la journée de travail à 12 heures; ce seront 3,333 journées de travail qui, multipliées par 360, donnent 1,199,880 journées qu'on ne peut évaluer à moins de 5 fr. par jour, sans parler des frais de voiture. Le service des recouvrements par la Banque de France coûte au commerce une somme au moins égale, car il est payé par l'intérêt de 100 millions environ qui restent déposé gratuitement dans cet établissement. Les frais

totaux du service de recouvrement ou de liquidation s'élèvent donc *en minimum* pour la place de Paris à 17 ½ millions, ainsi qu'il suit :

Intérêts de 100 millions nécessaires aux payements	5,000,000
Intérêts de 130 millions c. c. salaire de la Banque	6,500,000
Journées de travail perdues par le commerce (5,999,400) . . .	6,000,000
Total . fr.	17,500,000

Avec les procédés anglais, le service de liquidation ne coûterait certainement pas plus d'un million.'

Es war bei der verhältnissmässigen Neuheit der chèques auf dem Kontinent nothwendig, etwas näher auf die ö k o n o m i s c h e Stellung und Bedeutung derselben in England einzugehen, um die Aufnahme des Instituts in unsern Entwurf zu rechtfertigen. Wir fügen bei, dass sich gerade im jetzigen Moment in F r a n k r e i c h eine sehr starke Bewegung in den Behörden und in der Finanzwelt zu Gunsten der chèques und selbst einer chambre de liquidation kundgiebt. In der Sitzung des C o r p s - L é g i s l a t i f vom 25. Mai 1864 kam die Frage der Herabsetzung des Stempels auf den chèques zur Behandlung und dies gab Veranlassung zu einer eingehenden Diskussion über den Werth des ganzen Instituts. Die Frage wurde zur allgemeinen Antragstellung zurückgewiesen und seitdem ist nun auch ein vollständiger G e s e t z e s e n t w u r f über die c h è q u e s erschienen, auf den wir zurückkommen werden. Auch in der Literatur

zeigen sich einzelne Erscheinungen, die auf die chèques Bezug haben; wir erwähnen: Rey de Foresta, „des chèques et des banques de dépôt"; P. J. Coullet „les chèques et le clearing house." — In der Schweiz fängt der chèque an, sich auf den verschiedenen Plätzen einzubürgern. So weit uns bekannt ist, zirkuliren schon seit mehreren Jahren in Genf, in Zürich und in Basel Bankscheine, welche eine ähnliche Aufgabe, wie die chèques, erfüllen. Ein solcher Bankschein lautet: „An die Bank in Zürich. Von meinem Guthaben bei der Bank in Zürich überlasse ich an A. die Summe von Franken tausend Bankvaluta, zur Belastung in Conto-korrent, den 1. Okt. 1864. X." (Unterschrift). Neulich hat auch die eidgenössische Bank in Bern das System der chèques nach englischem Muster adoptirt und fest regulirt. Der Einleger von Geld erhält von der Bank zwei Carnets, das Guthaben- und das Anweisungs-Carnet. In dem erstern werden dem Einleger seine Einlagen zu gut geschrieben. Das Anweisungs-Carnet dagegen enthält eine Anzahl Anweisungsformulare für Geldbezüge bei der Bank. Will der Einleger über eine bestimmte Summe seines Guthabens verfügen, so setzt er auf einem solchen Formular die Summe aus, versieht dasselbe mit Datum und Unterschrift und schneidet die Anweisung aus dem Carnet. Auf dem im Carnet verbleibenden Theile des Formulars kann der Einleger das Datum und die Summe, auf welche die Anweisung lautet, aussetzen, um seine Rechnung mit der Bank kontrolliren zu können; er weiss nämlich so stets, über welche Summen seines Bankdepositums er schon verfügt hat. Die Anweisung soll nach dem Programm der Bank stets auf den Inhaber lauten; allein seitdem ist man davon abgegangen und es werden auch chèques auf einen bestimmten Namen ausgestellt und durch Indossa-

ment übertragen. Die Bank löst die Anweisung bei Sicht ein; nur bei Summen von Fr. 5000 — 10,000 kann sie eine Hinausschiebung von drei, und bei Summen von über Fr. 10,000 eine solche von acht Tagen verlangen. Die Bank verweigert die Zahlung nur dann, wenn das Guthaben des betreffenden Einlegers schon erschöpft ist. Dem Einleger wird ein Zins von 4 % per Jahr berechnet und der Zins läuft vom Tage nach der Einlage bis zum Tage vor der Rückzahlung.

So ist das Leben, dem Bedürfnisse des Verkehrs gehorchend, ohne dass sich das Gesetz darum bekümmert hat, vorwärts gegangen und wir sind überzeugt, dass, wenn einmal der chèque eine gewisse Gränze der Verbreitung überschritten hat, derselbe mit raschen Schritten zu grosser Wirksamkeit gelangen wird. Da scheint uns nun an der Zeit zu sein, dass der Gesetzgeber dem neuen Institute die rechtliche Bahn anweise, die Freiheit des Verkehrs, aber auch die Sicherheit desselben in's Auge fasse und für das Institut die entsprechende juristische Formel suche, welche dasselbe beherrschen soll.

In Frankreich hat heutzutage der chèque noch die Form eines gewöhnlichen reçu, wo der Träger desselben in der Regel nicht genannt ist: „Paris, le 20 Oct. 1864. Reçu de la société générale de crédit industriel et commercial la somme de mille francs, dont elle débitera le compte de A. (Unterschrift) Payable à trois jours de vue.“ Der chèque ist also au porteur. Er kann aber auch so ausgestellt sein, dass er nur zahlbar ist an ein Bankhaus, das entweder durch den Aussteller oder durch einen Cessionar bezeichnet wird. Man nennt ein solches Papier „chèque barré;“ der Deponent zieht nämlich durch den chèque hindurch zwei parallele Striche

(une double barre), und schreibt zwischen dieselben den Namen des Bankiers, welcher von nun an allein den chèque einkassiren kann. Wenn der chèque nur durch ein Bankhaus einkassirt werden soll, der Deponent jedoch die Bezeichnung desselben seinem Cessionar überlassen will, so zieht er auch in diesem Falle „la double barre" und schreibt in dieselbe nur die Worte: et Comp.; der Cessionar soll dann den Namen des Bankhauses, an welches bezahlt werden soll, hineinschreiben und kann das „et Comp." nöthigenfalls wieder streichen.

Die Franzosen sind danach in Bestimmung der Form des chèque dem englischen Beispiele nicht gefolgt; denn der englische cheque hat die Form der Anweisung (mandat). Der Grund für die französische Form des reçu liegt aber offenbar nicht in einer verschiedenen Auffassung, sondern nach der Angabe französischer Schriftsteller in der Absicht der Kaufmannswelt, den Stempel von circa 50 cent. für 1000 fr., wie ihn das Gesetz für Mandate vorschreibt, zu umgehen. Allerdings besteht auch für die reçus ein Stempel und zwar berechnet nach ihrer Dimension (50 cent. für das kleinste Format); allein das Publikum entzieht sich diesem Stempel, indem es vorzieht, die darauf gesetzte Strafe von 50 frs. zu bezahlen, wenn nichtgestempelte Quittungen den Behörden vor Augen kommen sollten.

Die althergebrachte Mandatsform des englischen cheque ist offenbar die entsprechendste. Denn es ist der cheque in erster Linie nicht ein Zahlungsversprechen des Bankiers, sondern ein Versprechen des Deponenten oder Ausstellers, dass der Inhaber des cheque, resp. der

Indossatar vom Bankier, der durch das Depositum gedeckt ist, bezahlt werden soll. Dass dies die englische Auffassung ist, beweisen uns die übereinstimmenden Auseinandersetzungen englischer Schriftsteller. Der oben citirte Macleod schreibt: „The only practical difference between bank notes and cheques is this, that the former were, on the face of them, direct obligations of the banker to pay the money stipulated; the latter were not direct obligations of the banker.“ An einem andern Ort heisst es: „These cheques are nothing whatever but bills of exchange upon the banker, payable to bearer on demand“ und erst, nachdem in dieser Weise der cheque im Grundsatz auf dieselbe Linie wie der Wechsel gestellt ist, zeigt der Schriftsteller, welche praktischen Verschiedenheiten zwischen beiden Papieren bestehen.

Von denselben Gedanken geht nun aber auch die neuere französische Theorie aus und es ist schon in der erwähnten Diskussion des Corps législatif von einem Redner ausgesprochen worden: „Pour que le chèque se vulgarise, il faut qu'il prenne la forme la plus commode. Les Anglais, avec leur esprit pratique, lui ont donné la forme d'un mandat au porteur, puis ils l'ont rendu transmissible et négociable par voie d'endossement l'assimilant complétement, quant aux conséquences, à la lettre de change à vue ou à présentation.“ Endlich hat diese selbe Grundlage auch der französische Gesetzesentwurf über die chèques von 1864. Es wird nun unsere Aufgabe sein, den juristischen Karakter des chèque, wie er in unserm Entwurfe seinen Ausdruck gefunden hat, in Vergleichung mit dem englischen Recht und mit dem französischen Entwurf zu

analysiren, wobei wir bemerken, dass wir leider bei unserer Redaktion den französischen Entwurf noch nicht benützen konnten.

Der Hauptunterschied zwischen Wechsel resp. Anweisung und dem chèque besteht darin, dass der letztere ein Depositum von Geld, also eine vorausgehende Deckung zur Voraussetzung hat. Die Deckung kann zwar auch bei dem Wechsel und bei der Anweisung zum voraus und in Geld geleistet worden sein; für den chèque dagegen ist dies eine essentielle Eigenschaft; ohne diese kann von einem chèque gar nicht gesprochen werden. In diesem Sinn sagt der französische Entwurf in Art. 3: „Le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant provision préalable." Ebenso spricht der Art. 443 unseres Entwurfs von der Bankanweisung, „welche auf eine bei einer Depositenanstalt deponirte Summe ausgestellt wird." Darin liegt nun aber auch die Verschiedenheit der ökonomischen Rollen von Wechsel und chèque. Der Wechsel beruht auf persönlichem Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit, während die Bezahlung des chèque vom Momente seiner Ausstellung an durch ein Depositum garantirt ist und das persönliche Vertrauen kömmt hier nur insoweit in Betracht, als der Nehmer des chèque allerdings vorauszusetzen hat, dass der Aussteller desselben kein Betrüger ist, mit andern Worten, dass das Depositum wirklich existirt. Der chèque ist also nicht sowohl ein Kreditpapier, sondern repräsentirt einen bestimmten, wirklichen Geldvorrath. Damit hängt auch zusammen, dass der chèque nicht auf eine weitere

Zukunft gestellt ist, sondern seiner Natur nach auf Sicht lautet, also in jedem Momente realisirt werden kann, da ja auch die Provision in jedem Momente vorhanden ist.

Hier entsteht nun die Frage, in welchem Pflichtverhältniss die Depositenbank zu dem Inhaber des chèque steht. Es kann kein Zweifel darüber sein, dass die Bank zur Einlösung des chèque verpflichtet ist. Allein es kann sich fragen, ob die Verpflichtung eine wechselrechtliche, ob die Bank, die ein Depositum in Händen hat, in derselben Weise verpflichtet sei, wie der Akzeptant eines Wechsels. Es scheint das Letztere in England herrschende Ansicht zu sein. Es sagt nämlich unser Gewährsmann Macleod hierüber: „To make a cheque as like a bank note as possible, it was established as a custom among bankers, that the possession of a customers funds by a banker is equivalent to acceptance. Consequently, if a banker has funds of his customer in his hands, he is bound to pay all that customer's cheques, to the amount of the funds in his hands, without notice and without acceptance, exactly as if it was his own promissory note.“ — Wir unsrerseits abstrahiren vorläufig davon, eine solche Regel in unserm Entwurfe festzustellen. Entweder hat nämlich die Bank das System der chèques selbst organisirt und da ist nicht leicht ein Grund denkbar, warum die Bank die Einlösung verweigern und damit ihren eigenen Kredit erschüttern sollte. Thut sie es aber doch, so kann allerdings die Bank, da ihre Unterschrift nicht auf dem chèque steht, nicht wechselrechtlich, wie ein Akzeptant, zur Zahlung angehalten werden. Oder aber die Bank kennt das System der chèques nicht; in diesem Falle besteht kein Motiv, die Bank in irgend einer andern

Weise zur Einlösung von chèques zu verpflichten, als zur Einlösung von andern Anweisungen.

Endlich sei hier die Frage berührt, ob das Gesetz nicht Strafen gegen denjenigen auszusprechen habe, der in bösem Glauben einen chèque begiebt, ohne bei dem Bankier ein entsprechendes Depositum zu besitzen. Der französische Entwurf sagt in Art. 7: L'emission d'un chèque sans provision préalable est punie, si elle est faite de mauvaise foi, des peines prononcées par l'art. 405 du Code pénal.« Wir haben von einer solchen Bestimmung Umgang genommen, weil sie öffentlich-rechtlichen Karakter hat, also nicht in unser privatrechtliches Gesetzbuch hineingehört und den kantonalen Strafgesetzen oder Einführungsverordnungen überlassen werden muss. Jene Bestimmung des französischen Entwurfes hat aber auch an sich in Frankreich Kritik hervorgerufen. So sagt Courcelle-Seneuil (Le Temps, 3 décembre 1864) unter Anderm: „c'est un effet dont l'offre et l'acceptation supposent entre les contractans des relations antérieures, des affaires plus ou moins courantes, une certaine confiance, en un mot. Il est impossible à une maison, quelque habilité qu'elle y pût mettre, de fonder sur des chèques un crédit quelconque, ou de faire accepter ses chèques, même pour un jour, même pour une heure, sans avoir au préalable un crédit établi. C'est pourquoi le chèque nous semble le plus inoffensif de tous les instruments de crédit.« Diese Darstellung scheint uns zwar etwas weitgehend zu sein; sie zeigt aber doch so viel, dass bei dem raschen Verfall der chèques und bei der Art ihres Gebrauchs zwischen gewohnten Geschäftsfreunden

die Gefahr der betrügerischen Ausstellung von chèques ohne Provision nicht eine dringende ist.

Eine zweite Frage, die uns hier entgegentritt, ist die, zu wessen Gunsten der chèque ausgestellt werden darf. In England lautet derselbe gewöhnlich auf den Inhaber. Stephen behauptet sogar in seinen „Commentaries of the laws of England" (II p. 105), dass der cheque stets auf den Inhaber gestellt sei („payable to bearer, as is always the case in that species called a cheque on a banker"). Allein es kann der englische cheque auch auf eine bestimmte Person lauten und er kann nicht bloss durch Uebergabe von Hand zu Hand, sondern auch durch Indossament in Cirkulation gesetzt werden. Im französischen Entwurf lautet der Art. 1: „Le chèque est souscrit à ordre, au porteur, ou au profit d'une personne dénommée." In schweizerischen Städten finden wir ebenfalls verschiedene Formen: die chèques der Basler Privatbank lauten auf einen bestimmten Namen; es steht aber dabei, dass sie auch an den Inhaber ausbezahlt werden. Die chèques der Gebrüder Oswald in Basel lauten an Ordre und cirkuliren doch auch von Hand zu Hand. Endlich sind auch im schweizerischen Entwurf die verschiedenen Formen der Ausstellung eines chèque zugelassen. Während der Wechsel und die Anweisung nicht auf den Inhaber lauten dürfen, ist dies dagegen in Art. 444 für den chèque gestattet. Mit Recht; denn die reelle Garantie für den chèque durch das Bankdepositum vermindert die Gefahr der leichten Uebertragung von Hand zu Hand und

macht die persönliche Garantie von Indossanten entbehrlich.

Eine dritte Frage betrifft die Verfallzeit der chèques. Es karakterisirt sowohl den französischen, wie den englischen chèque, dass sie in der Regel bei Sicht zahlbar sind. Es sagt sogar der französische Entwurf im Art. 1: „il (le chèque) ne peut être tiré qu'à vue" und im Art. 3: „il est payable à présentation." Heute jedoch finden wir in Frankreich noch häufige Abweichungen von diesem Prinzip, die vom Verkehrsbedürfnisse diktirt zu sein scheinen. So steht in dem Formular eines chèque auf die „société générale de crédit industriel et commercial" in Paris als Verfallzeit angegeben: „payable à trois jours de vue," dem freilich hinzugefügt ist: „la société générale se réserve le droit de payer à vue." Umgekehrt lauten die chèques der eidgenössischen Bank in Bern auf Sicht; es behält sich aber die Bank bei stärkern Summen vor, die Anweisung erst nach drei, beziehungsweise nach acht Tagen zu bezahlen.

Wenn wir uns nun fragen, ob nach unserm Entwurf ein solcher Vorbehalt, wie der letztere, zulässig sei, so ist dies wohl zu bejahen; denn es ist ja die Bank, abgesehen von einer Akzeptation, zur Zahlung am Verfalltag selbst nicht verpflichtet. Anders freilich gestaltet sich die Frage für den Regress; denn zur Ausübung desselben muss der Protest an dem Werktage, der auf den Verfalltag folgt, erhoben und jene drei und acht Tage dürften also nicht abgewartet werden. Gleichwohl liegt auch hierin keine Schwierigkeit; denn sobald sich der Inhaber des chèque am Verfalltage bei der Bank von dem Vorhandensein der

Provision überzeugt hat, so kann er gewiss ruhig d. h. ohne Protest, die drei oder acht Tage abwarten; sollte aber der ausserordentliche Fall eintreten, dass die Bank unsicher ist, so kann ja der Inhaber zur Vorsicht, um den Regress nicht einzubüssen, protestiren.

Unser Entwurf glaubt nun einerseits dem Wechsel und der Anweisung näher zu bleiben und anderseits den verschiedenen Bedürfnissen am wenigsten Zwang anzuthun, wenn er es dem Aussteller des chèque überlässt, die Verfallzeit nach Belieben so zu bestimmen, wie es für den Wechsel möglich ist. Enthält der chèque jedoch keine Verfallzeit, so soll darum derselbe nicht ungültig sein, sondern als ein Titel auf Sicht angesehen werden. Diese letztere Präsumption liegt nun allerdings tief im Karakter des ganzen Instituts begründet; nur dann, wenn der chèque in der Regel auf Sicht lautet, wird er die Rolle, die er zu spielen berufen ist, auch wirksam ausführen. Wir haben aber vorläufig vorgezogen, mit dem Gesetz hier nicht zu interveniren, weil die Natur der Sache, das Interesse des Bankiers und des Publikums wohl schon einen hinreichenden Druck ausüben werden. Ebenso wohl könnten wir uns aber auch im Interesse der Einfachheit des Systems damit befreunden, den durchgreifenden Satz des französischen Entwurfes zu adoptiren d. h. den chèque unbedingt als einen Titel auf Sicht zu erklären.

An die vorhergehende Frage schliesst sich nun eng die des Regresses an. Gerade diese Frage nöthigt durchaus zu einer gesetzlichen Normirung der chèques; es

müssten auch bei uns binnen Kurzem ernste Streitfragen sich erheben, sowie sie in Frankreich bereits entstanden sind. Es zeigt sich auch in diesem Lande eine sehr schwankende Jurisprudenz über Fragen, auf die eben nur ein Gesetz eine feste Antwort, wie sie der Kredit des Instituts bedarf, geben kann.

Durch Urtheil vom 21. Dezember 1863 hat der kaiserliche Gerichtshof von Bordeaux entschieden, dass ein chèque, von einem Kaufmann auf seinen Bankier ausgestellt mit den Worten: „Reçu de M. Michaux la somme de quinze mille francs, portée au crédit de“, den Aussteller einem dritten Erwerber gegenüber nicht verbindlich macht: „le signataire pouvait opposer au tiers porteur les exceptions et notamment l'exception de paiement qu'il avait à faire valoir contre le bénéficiaire. Un titre de cette nature n'a aucun des caractères de la lettre de change ou du billet au porteur; et si de pareils écrits peuvent circuler de confiance entre négociants, qui ont des relations habituelles, on ne saurait les assimiler à des effets de commerce et leur attribuer une valeur égale.“

Auch das erstinstanzliche Gericht der Seine hat sich mehrmals in diesem Sinne entschieden, dann aber später, den gebieterischen Forderungen des Verkehrs weichend, seine Jurisprudenz geändert. Wir citiren hier im Auszuge ein Urtheil vom 28. Oktober 1863, durch welches ausgesprochen wird, „que, dans les usages de commerce, les récépissés dans la forme de chèque impliquent un engagement direct du signataire; que, dans la pratique des affaires, l'emploi de ces reçus comme mode de paiement et leur circulation

comme instrument de crédit se sont tellement généralisés depuis quelques années, que leur caractère de valeur au porteur transmissible sans endossement est aujourd'hui déterminé d'une manière certaine; qu'en présence d'un usage constant, avéré, une interprétation contraire apporterait une grave perturbation dans les transactions commerciales." Dieses Urtheil wurde dann auch vom Appellhof in Paris bestätigt. So hat sich zwar die neueste Gerichtspraxis in Frankreich mit Entschiedenheit der freiern Auffassung zugewendet; es haben aber auch ausgezeichnete Schriftsteller und besonders Alauzet eine scharfe Kritik derselben geübt. Bei diesem Widerstreite muss das Gesetz zu Hülfe kommen und es kann wohl, nachdem der chèque eine wechselähnliche Construktion erhalten hat, nicht zweifelhaft sein, wie die Hauptfragen des Regresses entschieden werden sollen.

Wie beim Wechsel, so haften hier nicht bloss der Aussteller, sondern auch alle folgenden Indossanten, deren Unterschriften auf dem Wechsel stehen, für die Einlösung. Konsequent damit hat umgekehrt der Inhaber eines chèque au porteur, wenn er nicht bezahlt wird, keinen Regress gegen seinen Vormann, dessen Namen nicht auf dem Papier steht. Er hat also kein Recht, den chèque, für den etwa die Provision fehlt, seinem Vormanne als non-valeur zurückzuerstatten, sondern sein Regress geht nur gegen den Aussteller und gegen diejenigen, die allfällig ihre Unterschrift auf den Titel gesetzt haben, entsprechend dem Blankoindossament eines Wechsels. Diese Anschauung entspricht offenbar allein der kaufmännischen Welt und ist allein mit der Sicherheit im Handel und Wandel verträglich. Soweit herrscht auch in den Ansichten nahezu Uebereinstimmung.

Nun aber verlangt das englische Recht zur Ausübung des Regresses, dass der cheque innert einer ganz kurzen Frist zur Zahlung präsentirt werde: „The indorsement preserves the liability for a very short period, in almost all cases not more then 24 hours. The law intends that all bank notes and cheques should be presented for payement within 24 hours." Diese Vorschrift betrifft natürlich nicht die Haftung der Bank selbst, welche so lange dauert, als sie Provision in Händen hat, sondern den Regress. In derselben Weise sagt auch der Art. 5 des französischen Entwurfes: „Le porteur d'un chèque qui n'en réclame pas le payement dans le délai de cinq jours, si le chèque est tiré de la place sur laquelle il est payable, et dans le délai de dix jours, s'il est tiré d'un autre lieu, perd son recours contre les endosseurs et même contre le tireur, si celui-ci avait fait provision."

Unser Entwurf kennt eine solche weitgehende Beschränkung des Regresses nicht. Es ist zwar einleuchtend, dass das französische System Vortheile hat und namentlich dem chèque den Stempel eines nicht lange zirkulirenden, sondern kurzathmigen Papiers aufdrückt, durch dessen Begebung man sich nur für ganz kurze Zeit bindet. Nichtsdestoweniger halten wir so lange an unserm Entwurf und unserer Ueberzeugung fest, bis uns von Praktikern bessere Belehrung zu Theil wird. Geht es einen chèque auf den Inhaber an, so hat die Frage wenig praktische Bedeutung; denn da ist nur ein Regress gegen den Aussteller möglich und diesen lässt auch der französische Entwurf unbeschränkt zu, sofern er nicht für Provision gesorgt hatte. Die spätern Inhaber des chèque sind aber frei, da ihr Name nicht auf dem

Wechsel steht und dies ist ganz in der Ordnung. Das Gleiche gilt ja auch vom Blankoindossament. Ist es dagegen ein chèque, der mit eigentlichen Indossamenten versehen ist, so vermögen wir nicht einzusehen, warum hier das Indossament, das ja zur Stärkung des Papiers auf dasselbe gesetzt worden ist, für tausend Fälle illusorisch sein soll. Denn ohne Zweifel sind fünf Tage in unserm gewöhnlichen Geschäftsleben eine sehr kurze Zeit. Von einer Cirkulation kann da ohne Verlust des Regresses gar nicht die Rede sein. Nun aber würde doch jedenfalls die Verhinderung der Cirkulation dem heutigen Usus in schweizerischen Städten widersprechen. Wir wissen sowohl von der Basler-, als von der Zürcher-Bankanweisung, dass ein Cirkuliren nicht selten vorkömmt und bei den chèques der eidgenössischen Bank scheint dieselbe Idee gewaltet zu haben. Man wendet ein, dass ein Papier im Verkehr nicht beliebt sein kann, wenn die Haftung für dasselbe nach dessen Weiterbegebung noch lange fortdauert. Allein es zwingt mich Niemand, meinen Namen auf das Papier zu setzen; traue ich nicht, so kann ich den chèque einlösen; indossire ich aber, so steht mir auch nach Art. 380 unseres Entwurfes frei, selbst eine kurze Präsentationsfrist festzusetzen, nach deren Verstreichen meine Regresspflicht erloschen ist. Dasselbe konnte aber auch schon der Aussteller des chèque selbst thun und damit ist das Gleiche erreicht, was durch den französischen Entwurf, ohne aber einen Zwang ausgeübt zu haben. Geschieht von allem Dem Nichts, dann kann allerdings der chèque innert voller Jahresfrist nach Ausstellung noch präsentirt, bei Nichtzahlung protestirt und dann Regress genommen werden.

Nun frägt sich schliesslich noch, ob wohl im praktischen Verkehr zu gefahren sei, dass mit der Einlösung

des chèque lange zugewartet werde? Alle Gründe sprechen dagegen. Es hat der Inhaber eines chèque das klarste Interesse, denselben entweder gegen Geld einzulösen, wenn er solches braucht, oder aber den Betrag bei der Bank auf seine Rechnung setzen zu lassen. Denn der Inhaber des chèque gewinnt damit vor Allem Sicherheit der Zahlung und ferner die Zinsen, die für ihn natürlich erst von da an zu laufen beginnen. So werden gewiss auch hier für die weitaus meisten Fälle die Natur der Sache und persönliches Interesse auch ohne jeden Zwang dasjenige Resultat erzielen, das der franz. Entwurf durch kurze, abschreckende Fatalfristen erreichen will.

Was nun endlich die Form des chèque betrifft, so möchten wir hier selbst eine Veränderung unseres Entwurfes vorschlagen. Derselbe unterscheidet nämlich den chèque nur insofern von der Anweisung, als jener auch auf den Inhaber lauten darf, diese aber nicht. Nun sollte aber ausserdem, wie im französischen Entwurf, bestimmt ausgesprochen sein, dass der chèque nicht bloss an Ordre, sondern auch auf den Namen einer bestimmten Person ohne Ordreklausel gestellt werden darf. Endlich sollte exakt ausgedrückt werden, dass der chèque in seinem Context nicht bloss als „Anweisung", resp. „mandat", sondern auch als „chèque" bezeichnet sein darf. Gerade diese letztere Bezeichnung würde das, was gewollt wird, am unzweifelhaftesten ausdrücken.

Wir schliessen hier die wenn auch unvollkommene Besprechung der chèques ab, indem wir die Erwartung hegen, dass die nun angeregte Diskussion mehr Klarheit über das für die Gesetzgebung neue Institut und insbesondere über die Verkehrsbedürfnisse unseres eigenen Landes verbreiten werde.

Formular einer Bankanweisung (Chèque)

mit dem im Anweisungs-Carnet zurückbleibenden Abschnitt.

Contokurrent **Anweisung**

No 150. No 5.

Basel, den 10. Januar 1865.

Fr. 1570

zu Gunsten von J. Meyer und seine Ordre.

Contokurrent Nr. 150. Anweisung Nr. 5.

An die Basler Handelsbank.

Basel, den 10. Januar 1865. Gut für Fr. 1570.

Bezahlen Sie gegen diese Anweisung an J. Meyer oder an seine Ordre fünfzehn hundert und siebenzig Franken auf Rechnung von

L. Merian et Comp.

Von den Lagerscheinen und Pfandscheinen (Warrants).

Das Institut der Warrants hat sich in den letzten Jahren auch auf dem Continent mehr und mehr verbreitet und selbst in der Schweiz zeigen sich einzelne Anfänge. Gesetzliche Normirung der Warrants finden wir in England, Amerika, Holland, Frankreich, Belgien, in einzelnen deutschen Städten, und endlich in Genf, Neuenburg und Basel-Stadt. Es ist nun von besonderem Interesse, zu wissen, wie die Warrants in England, wo sie eine sehr grosse Rolle spielen, entstanden sind und wir erlauben uns daher, aus dem Gutachten der Basler Kaufhauskommission über die Warrants die darauf bezügliche Stelle hier mitzutheilen:

„Nachdem in London im Jahre 1802 die Ost- und West-India-Docks von der betreffenden Gesellschaft gebaut waren, die einestheils den Waaren dieser Gesellschaft sichere Verwahrung gaben, anderseits den immer schwieriger werdenden Ablad an den Themsequais erleichtern sollten und nachdem die innere Organisation dieser grossartigen und zweckmässigen Einrichtung im Gange war, so blieb noch ein zweiter Hauptpunkt zu regliren, nämlich der, dem Deponenten der Waare zugleich sein

Eigenthum und die freiest mögliche Verfügung darüber zu sichern. Das gewünschte Resultat wurde durch den Mechanismus erlangt, dass dem Deponenten nach stattgehabter Einmagazinirung der Waare ein Warrant (Garantieschein, Sicherungsschein) ausgestellt wurde, welcher die deponirte Waare vertrat und indossabel war. Nach dem betreffenden Reglement wurden alle unter der Aufsicht der Gesellschaft gelagerten Waaren gegen Warrants ausgeliefert, die Compagnie behielt sich nur das Recht vor, die Eigenthumstitel zu untersuchen. Der Kaufmann hatte somit seine Waare im Portefeuille, er konnte dieselbe durch einfaches Indossament ohne Spesen und ohne Deplacirung übertragen. Der Cessionar konnte mittelst Vorweisung des Warrants sich die Waare ausliefern lassen oder sonst darüber verfügen. Nun waren aber auch in England die finanziellen Mittel der Importers und Waarenhändler verschieden. Diejenigen, deren eigene Mittel ausreichten, fallen hier nicht in Betracht, sondern hauptsächlich die zwei Kategorien von Kreditbedürftigen, von welchen die Erstere sich Geld zu machen wünscht, ohne zu verkaufen, die Zweite aber die Waare, worauf bereits Geld steht, verkaufen will. Im erstern Fall wird der Warrant dem Courtier, der in der Regel auch Bankier und Auktionar ist, in Verwahrung gegeben und von diesem wird darauf, je nach dem Stand der Preise und der Natur der Waare, bis zu 4/5 des Betrages Vorschuss geleistet. Gegen Rückerstattung dieses Vorschusses kann natürlich der Warrant und damit die freie Verfügung über die Waare wieder gelöst werden.

In den meisten Fällen jedoch gestaltet sich die Sache anders und der Verkauf wird für den Eigenthümer wünschenswerth, um einen Gewinn zu erzielen oder einen Verlust abzuwenden. Kann er sofort gegen baar verkaufen, so wird aus dem Erlös die Pfandsumme bezahlt

und die Waare befreit. Zuweilen muss aber, um den Verkauf oder den Preis zu erzielen oder weil es der Platzgebrauch mit sich bringt, an einen Käufer auf einen oder mehrere Monate Termin (Prompt) verkauft werden. Hier tritt nun ein zweites Dokument, die sogenannte Gewichtsnote (Weightnote) dazu, die sich der Eigenthümer von der Administration der Docks ausstellen lässt. Es ist dieselbe eine Art Duplikat des Warrant und bezieht sich auf denselben. Auch die Weightnote ist indossabel. Nach stattgehabtem Verkaufe werden die Bedingungen des Verkaufes, als: die gemachte A-conto-Zahlung, die Verfallzeit des Saldo (Prompt), die gegen den Warrant vorgestreckte Summe u. s. w. auf dem Warrant und der Weightnote vorgemerkt und die letztere an den Käufer indossirt und übergeben. Durch ferneres Indossament der Weightnote kann die verpfändete Waare beliebig weiter übertragen werden. Um jedoch die freie Verfügung über die Waare in den Docks zu erhalten, müssen beide Scheine zusammen vorgewiesen werden können und es muss somit die Pfandschuld beim Courtier oder Bankier gelöst sein. Geschieht Letzteres nicht bis zum Verfalltag des Prompt, so kann der Inhaber des Warrant die Waare sofort öffentlich verkaufen lassen und sich an dem Erlös für sein Guthaben erholen, ohne irgend welche vorgeschriebene Termine oder gerichtliche Formen einhalten zu müssen. Von dieser raschen Justiz soll auch ursprünglich der Name „Prompt" herrühren. Die Weightnote ist sodann verfallen und der bezahlte Anwurf verloren, wenn nichts Anderes besonders stipulirt worden war. Der erste Warrant wird gratis ausgestellt. Duplikate oder veränderte Warrants und Weightnotes bezahlen eine Kleinigkeit, je nach der Anzahl oder dem Gewicht der Waaren.

Sämmtliche Londoner Docks stellen nun solche Warrants aus, die bloss in der Form mehr oder weniger verschieden sind. Die ganze Einrichtung ist insofern dort frei, als eine jede Gesellschaft, ja jeder Partikular, der eine gewisse Garantie zu leisten im Stande ist, Docks d. h. öffentliche Magazine errichten und Warrants ausstellen kann, und diese Freiheit verbunden mit der Einrichtung der Auktionen, wodurch der Verkauf jeweilen möglich wird und dem Clearinghouse, das die gegenseitige Verrechnung erleichtert, hat dem Waarenverkehr und dem Waarenkredit in London eine Elastizität gegeben, die kaum sonst irgendwo in einem so hohen Grade erreicht wird. Diese Einrichtung ist so sehr in Fleisch und Blut des Handelsstandes eingedrungen, dass trotz der unbeschränkten Freiheit und des Mangels jeder gesetzlichen Form sich durchaus keine Uebelstände zeigen."

In Frankreich ist das erste Gesetz über die Warrants von der Nationalversammlung im Monat März des Jahres 1848 erlassen worden, und zwar zugleich mit andern Dekreten, welche die Erstellung von comptoirs d'escompte in Paris und in andern grössern Plätzen anordneten. Nach der Februarrevolution spürte man von einem Ende Frankreich's zum andern eine industrielle und kommerzielle Krise herannahen. Die Konsumation stockte, die Produktion verlor jeglichen Absatz und der erschreckte Spekulant diskreditirte durch Zwangsverkauf seine eigenen Valoren. Vergebens stemmten sich die Besten in Handel und Industrie gegen das Ueberfluthen der Krisis. Die Liquidation oder Reduzirung der ersten Kreditinstitute beschleunigten ihren Fall. Und doch hatten sie die Portefeuilles voller Wechsel und Valoren, und die Magazine voller Waaren und Manufakte. (Siehe das oben

zitirte Gutachten der Basler Kaufhauskommission). Da griff in diesem kritischen Momente die Gesetzgebung ein und hat namentlich durch eine Nachahmung der englischen Warrants ein neues kräftiges Kreditmittel zu schaffen gesucht. Freilich zeigte sich dann bald, dass jenes Gesetz von 1848 nicht im Stande sei, das neue Institut in Frankreich einzubürgern, sondern dessen Aufschwung durch vielfache Beengung hemmte. Es konnte z. B. nach demselben nur ein Lagerschein (récépisse) ausgestellt werden, welcher beim Verkauf oder der Verpfändung auch nur eines Theils der Waare an Ordre des Käufers oder Darleihers indossirt werden musste. Ferner musste die erste Uebertragung und jede weitere durch den Käufer oder Darleiher in den Magazinlisten registrirt werden, was natürlich der leichten Cirkulation Abbruch that. Auf dem Lagerschein musste der Marktpreis der Waare zur Zeit der Deposition nach einer Abschätzung durch Experten angemerkt werden; auch diese Formalität brachte Kosten- und Zeitverluste mit sich und gestattete den Experten die Einsicht in die Vermögensverhältnisse des Deponenten. Endlich war die französische Einrichtung gegenüber der englischen auch darin erschwert, dass nur solche Magazine Warrants ausstellen konnten, die von der Regierung autorisirt und kontrollirt waren. Alles das hatte zur Folge, dass die Warrants in Frankreich nur wenig benützt wurden, bis dann ein neues Gesetz vom 28. Mai 1858 (Loi sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux) dem Institute neuen Aufschwung verlieh. Sehr richtig bezeichnet das Gutachten zu diesem Gesetz den Zweck des Instituts in folgender Weise:

„Faire que le détenteur d'une marchandise qui a besoin pour faire honneur à ses engagements ou ne point arrêter ses opérations, de recouvrer le capital engagé dans cette marchandise et qu'elle représente, n'attende pas ce capital; que la marchandise qui est une valeur certaine, soit aussi entre ses mains, une valeur toujours disponible et réalisable.

Dans ce but la loi sur les magasins généraux, mobilise à ce point la marchandise, qu'elle peut changer de mains avec la même facilité et aussi peu de frais qu'un billet de commerce, ce qui la rend susceptible d'engagement et de vente sans déplacement.“

Diesen Zweck hat nun aber auch das französische Gesetz durch ein sehr einfaches und praktisches System erreicht. Gegen Hinterlage von Waaren erhält der Deponent von der Administration des Lagerhauses ein récépissé, in welchem die Deposition der Waare bescheinigt ist und welches als Eigenthumstitel gilt. Dieser kann indossirt werden und dadurch wird das Eigenthum der Waare auf den Indossatar übertragen. Dem récépisse ist ein nicht ausgefüllter Warrant oder Lagerschein angehängt; auch dieser kann unabhängig und getrennt von dem récépisse indossirt werden, wodurch der Indossatar für eine gewisse Summe (die seines Darlehens) ein Pfandrecht an der deponirten Waare erhält. Soll nun nur das Eigenthum der Waare übertragen und diese nicht auch verpfändet werden, so erhält der Indossatar des récépisse sowohl dieses letztere, als auch den damit zusammenhängenden Warrant. Ist dagegen auf die Waare Geld aufgenommen und also der Warrant indossirt worden, so kann bei der Uebertragung

des Eigenthumes nur das récépisse indossirt werden, so dass hier der Indossatar oder Käufer der Waare Kenntniss davon hat, dass die Waare bereits verpfändet ist. Auch muss der erste Indossatar des Warrant das Indossament (also die Verpfändung der Waare) in die Register des Magazins einschreiben lassen und diese Einschreibung soll auf dem Warrant selbst erwähnt werden. – Wird am Verfalltage die Pfandsumme nicht bezahlt, so wird protestirt und acht Tage nachher die Waare öffentlich verkauft. Ist der Erlös kleiner, als der Betrag der Pfandsumme, so hat der Inhaber des Warrant einen Regress gegen die Indossanten, gerade wie der Inhaber eines Wechsels. Hat der Erste, der den Warrant indossirt hat, dem Inhaber desselben die Pfandsumme bezahlt, so hat nun er das Recht, die Waare versteigern zu lassen.

Wir werden sehen, dass das französische System der Warrants auch in der Schweiz Eingang gefunden hat und im Allgemeinen von unserm Entwurf adoptirt worden ist.

Das belgische Gesetz vom Februar 1859 ist mehr dem englischen, als dem französischen System gefolgt; namentlich erhält in Belgien der Darleiher von Geld den Eigenthumstitel indossirt und dieser heisst Warrant und der Käufer erhält die cédule.

In der Schweiz finden wir den Warrant zuerst in Genf. Das dortige Gesetz ist vom 5. Januar 1859 und betitelt als „loi sur les titres négociables garantis par des marchandises, nommés warrants.“ Dasselbe enthält durchaus keine Nachbildung des französischen Systems. Es wird nach demselben nur Ein Schein ausgestellt, auf welchem der Depositar bescheinigt, dass in seinem

Magazin von N. N. zu Gunsten des Trägers des warrant bestimmte Waaren deponirt worden sind. Auf diese Erklärung des Depositars folgt dann, wenn die deponirte Waare verpfändet werden soll, das Schuldbillet des Deponenten, mit folgendem Wortlaut: „Le 30 mars 1863 je paierai à l'ordre de N. N. la somme de mille francs, en garantie de laquelle j'affecte la marchandise deposée dont récépisse ci-dessus; en cas de non-paiement à l'échéance du présent engagement, j'autorise la vente publique de la marchandise déposée." Beim Genfer Warrant handelt es sich also nicht um die Indossirung eines Eigenthumstitels, den sich auch derjenige ausstellen lässt, der keines Kredites bedarf; sondern es ist da stets der Geldbedürftige, der Waaren deponirt und dann einen Pfandtitel ausstellt, der durch das Mittel von Indossamenten cirkulirt. Es bedarf darum auch nur Eines Titels. Auf andere Eigenthümlichkeiten des Genfer Warrant werden wir später aufmerksam machen.

In St. Gallen hat im Juni 1863 dem Grossen Rathe ein Gesetzesvorschlag, „betreffend Verkauf und Verpfändung von Waaren durch übertragbare Titel," vorgelegen; derselbe ist aber, nachdem er im Einzelnen schon diskutirt war, in Folge von vielen ungegründeten Befürchtungen in der Schlussabstimmung verworfen worden. Dieser Entwurf hat das französische Gesetz von 1858 zum Vorbild genommen; die zwei Scheine heissen hier „Empfangschein" und „Pfandschein (Warrant)".

Endlich hat das Gesetz von Basel-Stadt vom 21. März 1864, „über Lagerscheine und Pfandscheine, Warrants, für öffentlich gelagerte Güter," seinerseits den

Entwurf von St. Gallen in den meisten wesentlichen Punkten zur Vorlage genommen und also dem darin enthaltenen französischen System den Vorzug vor dem englischen eingeräumt. Es sagt hierüber der Basler Rathschlag: „das französische System ist wenigstens eben so einfach und rationell, als das englische; sodann fehlt uns das vermittelnde Element der Courtiers und Auktionärs, und endlich möchte das Institut der Prompts, falls es ebenfalls eingeführt würde, zu scharf für uns sein. Auch haben wir auf einem eher dem französischen, als dem englischen analogen Terrain zu bauen. Endlich glauben wir den Grundsatz festhalten zu sollen, dass es gut und zweckmässig sei, derartige Einrichtungen so viel als möglich denen der Nachbarländer nachzubilden. Es passt dies für den vorliegenden Fall um so besser, als bereits der französische Begriff von Warrant bei uns herrscht und nicht der englische. Unter einem Warrant versteht man den Pfandtitel und nicht den Eigenthumstitel."

Dieselben Gründe haben nun auch den schweizerischen Entwurf bestimmt, das Basler Gesetz zur Grundlage zu nehmen. Das Letztere hat sich auch bereits, wenn auch nur erst während eines kurzen Zeitraumes, bewährt. Nach einer gefälligen Mittheilung aus Basel vom 11. Jänner 1865 sind vom 16. Mai 1864 bis 31. Dezember dieses Jahres 82 Warrants im Betrage von Fr. 356,110 und vom 1. bis 10. Januar 1865: 12 Warrants im Betrage von Fr. 18,500 ausgestellt worden. Es glaubt aber die Basler Lagerhausverwaltung, dass beim Wiederaufschwung des Waarenhandels und normalen Zinsverhältnissen die Benützung von Warrants leicht die zehnfache Zahl erreichen werde.

Zwei Hauptpunkte sind es namentlich, bezüglich derer unser Entwurf mit dem St. Galler Gesetzesvorschlag und dem Basler Gesetz übereinstimmt und dagegen von dem Genfer Gesetz abweicht.

Der erste betrifft die eigentliche Bestimmung des ganzen Institutes. Während das Genfer Gesetz nur einen negoziabeln Pfandtitel geschaffen hat, gleichsam ein durch Pfand versichertes und gekräftigtes billet à ordre, hat dagegen das Institut der Warrants in Frankreich, in Basel und in dem St. Galler Entwurf einen doppelten Zweck. Der erste besteht in der Mobilisirung der Waaren ohne Deplacirung, also ohne Spesen. Analog wie durch die chèques das bei der Bank deponirte Geld dem Verkehr dient, als Zahlung von dem Schuldner auf den Gläubiger übergeht, ohne deplacirt zu werden, so werden hier durch den Lagerschein Waaren veräussert und übertragen, ohne dass es dafür einer Tradition oder Versendung bedarf. Der Kaufmann, der Fabrikant hat seine Waaren in seinem Portefeuille, wie der Bankdeponent sein Geld in seinem chèques-carnet, und disponirt darüber durch Indossament. Es ist von selbst klar, wie dadurch der Verkehr erleichtert und wohlfeiler gemacht wird; es hat dann aber das Gesetz auch dafür zu sorgen, dass mit der Leichtigkeit die Sicherheit des Verkehrs nicht verloren gehe. Davon später.

Ein zweiter Zweck, den unser Warrantinstitut erreichen will und kann, besteht in der Erleichterung des Waarenkredites durch Schöpfung eines Kreditmittels, dessen Stärke in der Verbindung von realem und persönlichem Kredit liegt. Es giebt tausende von Fällen, wo

der persönliche Kredit des Geldbedürftigen nicht ausreicht, wo dieser also nicht im Stande ist, durch Begebung eines Wechsels sich Geld zu verschaffen. Hat er aber Waaren, Fabrikate, die er wegen ungünstigern Kursverhältnissen nur mit Verlust veräussern könnte, so giebt ihm das Institut der Warrants das Mittel an die Hand, sich Kredit zu verschaffen. Er deponirt seine Waaren in dem öffentlichen Magazin, erhält neben dem Lager- oder Eigenthumsschein auch das Formular eines Pfandscheines oder Warrant und wird nun durch Indossirung desselben leicht das benöthigte Geld erhalten, da für die Sicherheit desselben nicht bloss er selbst persönlich, sondern auch die deponirte Waare haftbar ist. Er wird um so leichter einen Abnehmer seines Pfandscheines finden, als dieser ein Papier erhält, das auch in seinen Händen nicht festgebunden ist, sondern von ihm in der leichten Form eines Indossamentes wieder weiter begeben und also in flüssiges Geld umgewandelt werden kann. Freilich hat auch hier der Gesetzgeber mit der grössten Aufmerksamkeit dafür Sorge zu tragen, dass die reale Sicherheit des Warrantinhabers oder Vorschussgläubigers keine illusorische sei; davon wird es hauptsächlich abhangen, ob das Institut auch in unserm Lande Boden gewinnen wird. Dies führt uns nun aber auf den zweiten Hauptunterschied des Basler von dem Genfer Gesetze, dessen hier Erwähnung gethan werden soll, nämlich auf die Frage, ob die Aufnahme von Waarendepositen, auf welche hin Lager- und Pfandschein ausgestellt werden, Sache von öffentlich autorisirten Anstalten sei, oder der freien Konkurrenz anheimgegeben werden soll.

In Frankreich ist durch das Gesetz von 1858 der öffentliche Karakter der Warrantmagazine,

wie er durch das Gesetz von 1848 festgestellt war, beibehalten worden. In Art. 1 jenes Gesetzes ist gesagt: „Les magasins généraux établis en vertu du décret du 21 mars 1848, et ceux qui seront créés à l'avenir, recevront les matières premières, les marchandises et les objets fabriqués que les négociants et industriels voudront y deposer. Ces magasins sont ouverts . . . avec l'autorisation du gouvernement et placés sous sa surveillance.“

Der Gesetzesvorschlag von St. Gallen hat einen Schritt vorwärts gegen die freie Konkurrenz hin gethan. Es ist zwar für die Haltung von solchen Magazinen die regierungsräthliche Konzession vorgeschrieben; allein diese ist nicht von dem bon plaisir der Administrativbehörde abhängig gemacht, sondern es muss die Konzession einem Jeden ertheilt werden, der die gesetzlichen Bedingungen erfüllt hat. Es lautet der bezügliche Art. 3: „Diese Konzession (des Regierungsrathes) wird ertheilt: a) wenn der Unternehmer gut beleumdet ist; b) wenn er sich über die zur Betreibung des Unternehmens und Vergütung allfällig erlaufenden Schadens erforderlichen Mittel ausweist; c) wenn er sich . . . verbindlich macht, die deponirten Waaren sorgfältig aufzubewahren, durch Fachmänner unpartheiisch abschätzen zu lassen, gegen Brandschaden zu versichern, für allen Schaden, der ihm selbst oder seinen Angestellten zur Last fällt, zu haften, über den Empfang der Waare und zum Zweck der Veräusserung und Verpfändung derselben die erforderlichen Titel auszustellen und die Waare nur nach Massgabe der Vorschriften dieses Gesetzes abzuliefern.“ Nach Art. 16 endlich kann den Unternehmern von Magazinen, welche

die Vorschriften dieses Gesetzes, die bezüglichen Vollzugsverordnungen oder die vom Regierungsrath genehmigten Statuten und Reglemente nicht gehörig einhalten, oder Gefährde treiben, oder Missbräuche dulden, welche dem Handel und Verkehr nachtheilig sind, die ertheilte Konzession wieder entzogen werden.

Im Gesetz von Basel-Stadt ist, wie im französischen Gesetz, nur von „öffentlichen Lagerhäusern“ die Rede, und dieselben stehen auch unter der öffentlichen Aufsicht der Kaufhaus-Kommission (siehe Lagerhausordnung vom 26. Februar 1862). Es wird auch in Basel gerade auf diesen Punkt ein grosses Gewicht gelegt: Es dürfe kein Zweifel an der Sicherheit der Lagerung aufkommen, wenn die Einrichtung ihren Zweck erreichen soll; es bestehe in Basel ausser den öffentlichen Lagerhäusern kein Geschäft, welches neben dem Lagern von Waaren nicht noch andere mehr oder weniger gewagte Geschäfte betreibt, wodurch dann die verlangte Sicherheit in Frage gestellt würde. Aus demselben Grunde ist der direction des magasins généraux in Paris schon mehrmals abgeschlagen worden, selbst Vorschüsse auf gelagerte Waaren zu machen. Wenn im Verlauf der Zeit da und dort das Depositum gefährdet würde, so müsste die Cirkulationsfähigkeit von Lager- und Pfandscheinen und also die Wirksamkeit des ganzen Institutes bedeutend darunter leiden.

Einen ganz entgegengesetzten Standpunkt nimmt das Genfer Warrantgesetz ein, indem es bestimmt: „Ce dépôt peut s'opérer soit dans un entrepôt public, soit en mains d'un négociant ou commissionaire.“ Fragen wir

aber in Genf selbst nach den Wirkungen dieses Prinzips der freien Konkurrenz, so wird uns selbst von den Schöpfern des Gesetzes zugestanden, dass der Genfer Warrant sich nicht des zu einer ausgedehnten Wirksamkeit nöthigen Kredites erfreut. Wir sind freilich leider nicht im Stande, uns ein Bild von der Bedeutendheit der Anwendung des Institutes in Genf zu machen; es steht uns nur die offizielle Angabe über die Zahl der an der Genfer Börse verkauften Warrants zu Gebot. Wir entnehmen dem „rapport sur la gestion du conseil d'état pendant l'année 1862" Folgendes: es wurden in diesem Jahre die für 15 Warrants deponirten Waaren an der Börse verkauft und das Resultat bestand darin, dass bei einem Betrag der vorgeschossenen Summen von Fr. 8647. 30 die Kaufsummen nur Fr. 6112 betrugen. Wichtiger als diese Angabe ist für uns die Mittheilung kompetenter Praktiker, dass der Gebrauch der Warrants in Folge von zweifelhafter Sicherheit solcher Titel in den letzten Jahren sich vermindert habe und dass auch in Genf die Einrichtung von konzessionirten und überwachten Lagerhäusern als wünschbar angesehen werde. Endlich hat nun auch in der Sitzung vom 4. Februar 1865 der Grosse Rath auf den Antrag von Advokat Friedrich ohne Widerspruch die Vornahme einer Revision des Warrant-Gesetzes beschlossen.

Bei den geschilderten Verhältnissen und Anschauungen konnte die Wahl eines Systems für den schweizerischen Entwurf nicht zweifelhaft sein. Vor Allem betrachten wir das Institut der Warrants nicht als ein solches, das durch unsern Entwurf den Kantonen aufgedrängt werden soll. Dasselbe hängt so nahe mit lokalen Bedürfnissen zusammen, dass wir die Einführung desselben den

kantonalen Gesetzen überlassen wollen. Das gemeinsame Interesse geht nur so weit, dass der in den Kantonen eingeführte Warrant überall denselben juristischen Karakter trage. Will ein Kanton das Institut bei sich einführen, so geschieht dies nach Art. 445 unseres Entwurfes durch Ermächtigung von Lagerhäusern.

Eine zweite Frage geht sodann dahin, in welcher Weise diese Ermächtigung eines Lagerhauses vorgenommen werden müsse. Aber auch da lässt unser Entwurf zum grossen Theile freie Hand. Wir entscheiden uns weder unbedingt zu dem System von öffentlichen Lagerhäusern im Sinne von Basel, noch zu dem gemischten System von St. Gallen. Wir überlassen auch dies den Kantonalbehörden, welche die partikularen Bedürfnisse leichter in's Auge fassen. Nur Eines verlangen wir, dass nämlich eine Ermächtigung des Lagerhauses durch eine Behörde stattzufinden habe, ob nun diese Ermächtigung die Folge von gesetzlichen Vorschriften, oder aber eine willkürliche Administrativmassregel sei. Diese Garantie glaubten wir dem neuen Institute allerdings schuldig zu sein.

Nach Feststellung dieser Grundsätze unseres Entwurfes haben wir noch einzelne Bestimmungen zu besprechen und zwar besonders in Vergleich mit dem Warrant-Gesetz von Basel-Stadt.

Was die äussere Form des Lagerscheines und des Pfandscheines (Warrant) betrifft, so haben wir dieselbe gegenüber dem Basler Gesetz von Allem, was nicht als essentiell angesehen werden kann, zu reinigen versucht. Das Basler Gesetz verlangt, dass die beiden Scheine

zusammenhängend seien, jedoch so, dass sie getrennt werden können; sie sollen nämlich erst dann getrennt werden, wenn durch Indossament des Warrant Geld aufgenommen wird. Es ist nun zwar diese Bestimmung an sich durchaus praktisch und wird in den kantonalen Einführungsgesetzen immer wieder ihre Stelle finden. Allein eine ganz andere Frage ist es, ob dieses Zusammenhängen der zwei Titel zu den Essentialien gehören und das Fehlen dieser Form die Nichtigkeit der Scheine nach sich ziehen soll. Dafür besteht kein innerer Grund und wir nehmen an, dass auch das Basler Gesetz diese Absicht nicht hat. Will man dies aber nicht, so ist es überflüssig, etwas darüber in das Gesetz aufzunehmen; denn eine Vorschrift ohne Sanktion ist ein guter Rath, aber kein Gesetz. Oder fasst man endlich die Bestimmung als eine administrative Vorschrift zu Handen der Verwaltung des öffentlichen Lagerhauses auf, so passt sie besser in das kantonale Einführungsgesetz.

Dieselbe Bemerkung passt auch auf den § 3 des Basler Gesetzes, nach welchem die Lagerscheine und Warrants enthalten sollen: „die gleiche Registernummer; Name, Stand und Wohnort des Deponenten; die Beschreibung der Waare nach Art, Zeichen, Anzahl, Gewicht und Maass; das Datum der Ausstellung; die Unterschrift des hiezu bestellten Lagerhausbeamten.“ Auch hier weiss man nicht, ob die vorgeschriebenen Angaben als streng formale Erfordernisse für die Gültigkeit der beiden Titel angesehen werden sollen oder ob sie bloss administrativer Natur seien. Die Worte: „sollen

enthalten“ scheinen uns auf das Letztere hinzudeuten und ebenso lässt sich eine kompetente Stimme aus Basel dahin vernehmen, man möge doch lieber die Entscheidung über Gültigkeit des Papiers dem Richter überlassen. Wir halten nun aber unsrerseits dafür, es bedürfen der Lager- und der Pfandschein, die ja in vielen Beziehungen der Wechselstrenge ausgesetzt und zur Cirkulation bestimmt sind, ebenso nothwendig, wie der Wechsel, einer einfachen, aber um so bestimmteren Form, mit welcher der Titel steht und fällt. Unser Entwurf hat daher die Erfordernisse für den Inhalt der beiden Titel so viel möglich eingeschränkt, dieselben aber durch die Worte: „müssen enthalten,“ die auch beim Wechsel angewendet sind, als Essentialien erklärt.

„Die gleiche Registernummer“ für den Lagerschein und den Warrant ist zwar sehr wünschbar und wird bei einer ordentlichen Geschäftsführung auch nicht fehlen; es darf aber nicht die Existenz des Titels selbst davon abhängig gemacht sein. Das Gleiche gilt auch von der Art und Weise der Beschreibung der Waare. Sie wird zwar in der Regel nach „Art, Zeichen, Anzahl, Gewicht oder Maass beschrieben werden; es kann aber auch oft ohne jeden Schaden eines dieser Erfordernisse fehlen. Endlich ist auch das Datum der Ausstellung des Lager- und Pfandscheines ohne entscheidende Bedeutung; die Wirksamkeit der Titel als solcher und namentlich ihre Wechselähnlichkeit beginnt erst mit der Begebung derselben und nicht schon mit der Ausstellung durch das Lagerhaus. Wichtig ist daher nur, dass das Indossament der beiden Scheine datirt sei.

Was das Indossament der Lagerscheine und der Warrants betrifft, so enthält das Basler Gesetz keine Andeutung über dessen innere juristische Natur; man weiss daher nicht, ob diesem Indossament die gleiche Natur zugeschrieben werden wollte, wie dem Indossament des Wechsels. Diesen Zweifel zu lösen ist in unserm Entwurf um so dringender, als just der vorhergehende Titel vom Wechselindossament spricht. Wir haben nun in Art. 447, 2. Satz ausdrücklich die Grundsätze über das Indossament des Wechsels als anwendbar erklärt, damit also namentlich das Blankoindossament zugelassen und die „exceptiones ex persona indossantis" ausgeschlossen.

Eine besondere Stellung nimmt das erste Indossament des Warrant ein. Dasselbe ist zugleich ein Darlehenstitel und enthält daher den Darleiher (Indossatar), den Verfalltag und die Pfandsumme und zwar an Kapital und Zinsen; denn für ein Cirkulationspapier muss auch der Betrag der letztern bestimmt sein. Noch einfacher ist, das erste Indossament des Warrant wie die Ausstellung eines eigenen Wechsels anzusehen. Daraus ergiebt sich dann auch von selbst die letzte Bestimmung des Art. 448. Wie nämlich das Schicksal der Wechselerklärung auch das Schicksal der folgenden Indossamente bestimmt, so dass, wenn jene formell nichtig ist, es auch diese sind, so muss auch beim Warrant das erste Indossament bestimmend sein, da dieses die gleiche Stellung einnimmt, wie die Wechselerklärung. Fehlt also z. B. in demselben der Verfalltag oder die Pfandsumme, so ist der Titel nicht lebensfähig; die folgenden Indossamente haben keine Grundlage und sind also ebenfalls ungültig.

Eine der wichtigsten Fragen, die wir hier zu besprechen haben, und von deren Lösung die Sicherheit der beiden Titel zu einem grossen Theile abhängt, bezieht sich auf das Verhältniss zwischen dem Inhaber des Lagerscheines und dem Inhaber des Pfandscheines. Dieses Verhältniss muss, wenn sich die beiden Scheine einmal getrennt haben und verschiedene Wege gehen, für jeden Interessirten klar erkennbar sein, sollen nicht schlimme Täuschungen entstehen.

Einerseits muss der Erwerber des Warrant die Sicherheit haben, dass der Inhaber des Lagerscheines, d. i. der Eigenthümer der Waare, nicht über dieselbe verfügen kann, ohne den indossirten Warrant erst eingelöst zu haben. Dies wird erreicht durch die einfachen Bestimmungen der Art. 450 und 451. Anderntheils muss der Erwerber des Lagerscheines in der Möglichkeit sein, zu wissen, dass die Waare bereits durch Begebung des Pfandscheines verpfändet ist und für welche Summe. Um dieses Resultat zu erreichen, hat schon das französische Gesetz von 1858 in Art. 5 vorgeschrieben: „Le premier cessionaire du warrant doit immédiatement faire transcrire l'endossement sur les régistres du magasin, avec les énonciations dont il est accompagné. Il est fait mention de cette transcription sur le warrant." Das Basler Gesetz von 1863 ferner verfügt in § 4: „Das erste Indossament muss wörtlich in die Stammregister des Lagerhauses eingetragen und die Einschreibung von dem Lagerhausbeamten auf dem Lagerschein und dem Warrant unterschriftlich bescheinigt werden." So ist die Verpfändung nicht nur aus den Lagerbüchern, sondern auch aus dem

Lagerschein ersichtlich; endlich ersieht aber auch der Erwerber des Pfandscheines aus diesem selbst, dass die Verpfändung in den Lagerbüchern eingetragen steht.

Uebereinstimmend damit und in Einem Punkte noch vollständiger ist die Norm in Art. 449 des schweizerischen Entwurfes. Nach derselben muss das erste Indossament des Warrant sowohl in die Register des Lagerhauses, als auf den Lagerschein eingetragen werden und auf dem Warrant selbst muss der Lagerbeamte bescheinigen, dass jene beiden Eintragungen vorgenommen worden sind. Damit hat das Gesetz das Mögliche gethan, Täuschungen zuvorzukommen.

Daran knüpft sich nun aber für uns die Frage, welche rechtliche Folgen mit der Nichtachtung dieser Vorschriften verbunden sind. Das Basler Gesetz stellt nakte Vorschriften auf, ohne sie mit einer Sanktion zu versehen. Es ist allerdings gesagt, dass das erste Indossament in das Register des Lagerhauses eingetragen und diese Eintragung auch in dem Lagerschein selbst bescheinigt werden müsse. Ist dies nun aber nicht geschehen, ist dann der von der Verpfändung nicht unterrichtete Erwerber des Lagerscheines gleichwohl verpflichtet, die Verpfändung seiner Waare anzuerkennen? Man wird einwenden, es müsse ja der Erwerber des Lagerscheines unterrichtet sein, weil er nur den Lagerschein und nicht auch den Pfandschein ausgeliefert erhalte. Allein daraus sieht er immerhin nur, dass überhaupt eine Verpfändung statthatte; es bleibt aber stets noch eine Täuschung bezüglich der Summe des Warrant offen. Da wird sich also fragen, ob der Erwerber des Lagerscheines die Rechte des Inhabers des

Pfandscheines, von denen ihm nicht in der gesetzlichen Weise Kenntniss verschafft worden ist, gelten lassen müsse. Unser Entwurf (Art. 449, 2. Satz) will die Rechte des Warrantinhabers nun nicht davon abhängig machen, dass die Verpfändung der Waare in das Lagerregister und in den Lagerschein wirklich eingetragen worden ist, wohl aber davon, dass in dem Warrant die Erklärung steht, dass jene Eintragungen geschehen sind. Steht diese Erklärung nicht in dem Warrant, so hat der Inhaber desselben für seine Pfandsumme nicht ein unbedingtes Recht auf die Waare; befindet er sich einem Inhaber des Lagerscheines gegenüber, der von jener Verpfändung keine Kenntniss besass, so hat er, soweit dies der Fall ist, kein Pfandrecht auf die Waare. Damit haben nun jene Vorschriften über die Eintragung des ersten Indossaments reelle Bedeutung erhalten.

Bei Nichtzahlung der Pfandsumme am Verfalltage muss, wie beim Wechsel, protestirt werden und acht Tage nach dem Protest kann der Inhaber des Warrant die öffentliche Versteigerung der Waare verlangen. Dasselbe kann auch der erste Pfandschuldner, wenn er die Zahlung geleistet hat. Ergiebt sich ein Mehrerlös über die Pfandsumme hinaus, so gebührt dieser dem Inhaber des Lagerscheines; ergiebt sich dagegen ein Mindererlös, so erhalten der Inhaber des Warrant und die Indossanten einen wechselrechtlichen Regress gegen ihre Vormänner. Dieses Regressrecht besteht aber nur, insofern die Versteigerung binnen Monatsfrist nach

Kanton Basel-Stadt.

Lag. Nº

........... *oder* *Ordre*

t der Waare.

usordnung, sind gegen Feuer-

Wa

Erstes J

An die Ordre von Herr

den

dem Protest stattgefunden hat, eine Bestimmung, die sich auch im französischen Gesetz (Art. 9) und im Basler Warrant-Gesetz (§ 10) findet. Im Uebrigen gelten für die Verjährung der Regressansprüche die gleichen Fristen, wie für den Wechselregress (Art. 455).

Die Bestimmungen der Art. 456 u. 457 entsprechen den Art. 10 u. 12 des französischen Gesetzes.

Endlich erwähnen wir der Bestimmung des Art. 458 unseres Entwurfes, die sich nicht auch in andern Gesetzen findet, nach welcher der Depositar (Lagerhaus, Magazinverwaltung) für die deponirten Waaren so streng haftet, wie der Frachtführer für die zum Transport übernommenen Frachtstücke. Er hat danach allen Schaden zu ersetzen, von dem er nicht beweist, dass er durch höhere Gewalt, durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder durch die Schuld des Berechtigten selbst entstanden ist. Auch diese Bestimmung ist geeignet, den Kredit von Lager- und Pfandscheinen zu verstärken, und sie ist namentlich für unsern Entwurf, nach welchem den Kantonen freisteht, auch nicht öffentliche Lagerhäuser zuzulassen, nothwendig.

Unser Entwurf ist selbstverständlich auf civilrechtliche Regeln beschränkt und überlässt den kantonalen Einführungsverordnungen, Bestimmungen administrativer Natur festzustellen. So hat das Gesetz von Basel-Stadt dem Kleinen Rath die Erlassung einer Vollziehungsverordnung vorbehalten und es ist auch eine solche unterm 27. April 1864 erschienen.

Von dem kaufmännischen Konkurse.

Es ist schon in dem ersten Theile unserer Motive, der von der Umschreibung des Entwurfs handelt, auseinandergesetzt worden, warum und in welchem Sinne das vierte Buch über den kaufmännischen Konkurs in den Entwurf aufgenommen worden ist (pag. 18 u. flg.). Da nun aber voraussichtlich gerade diese Parthie grossem Widerstand begegnen wird, so wollen wir hier unsern Standpunkt noch etwas näher festzustellen suchen.

Das Bedürfniss nach einer Umgestaltung des Konkurswesens wird in den meisten Kantonen lebhaft empfunden, und nicht weniger auch das Bedürfniss nach einheitlichen Bestimmungen. Jedermann ist einverstanden, dass der jetzige Zustand des Rechtes, und zwar besonders gegenüber von Kantonsfremden und Ausländern, in der Praxis oft nahe an Rechtslosigkeit streift und dem Kredite im Handel empfindlich schadet. Wir erinnern, dass besonders Stimmen aus der westlichen Schweiz mit Entschiedenheit erklärt haben, dass ein schweizerisches Handelsgesetz, in welchem der Konkurs nicht behandelt ist, von den Kaufleuten kühl aufgenommen

und wenig Aussicht auf Erfolg haben würde. Das ist es, was man auch anderswo von einem Handelsgesetz in erster Linie erwartet. Damit stimmt auch überein, was in Nürnberg bei den Berathungen über die Aufnahme eines Buches über den Konkurs in das deutsche Handelsgesetz geäussert worden ist. „Dass es gerade ganz vorzugsweise gemeinschaftliche Bestimmungen über den kaufmännischen Konkurs seien, welche dem deutschen Handelsstande Noth thäten, ergebe sich aus den übereinstimmenden Erklärungen einer grossen Anzahl hierüber vernommener Kaufmannschaften, welche sich ohne Ausnahme für eine Berathung des in Rede stehenden Entwurfes und für dessen Aufnahme in das Handelsgesetzbuch ausgesprochen hätten."

Fragt es sich nun aber in zweiter Linie, in wieweit der Konkurs in dem Entwurfe zu behandeln sei, so kann derjenige, der unsere Verhältnisse kennt, nicht leicht darüber im Zweifel sein, dass die Aufnahme einer vollständigen Konkursordnung eine Unmöglichkeit ist. Dahin spricht sich auch der Justizdirektor und Gesetzesredaktor des Kantons Zürich mit aller Bestimmtheit aus. Das zeigt auch ein Blick auf die jetzigen Konkursordnungen in den Kantonen; dieselben sind nicht nur äusserlich, sondern auch grundsätzlich von einander verschieden und zu einem bedeutenden Theil aus geschichtlich festgewachsenen Anschauungen hervorgegangen. Endlich ist auch einleuchtend, dass ein Theil des Konkursrechtes so nahe mit der gerichtlichen und staatlichen Organisation und mit der Prozessordnung zusammenhängt, dass, so lange diese in ihrer kantonalen Verschiedenheit verharren, auch eine vollständige Einheit

des Konkursrechtes nicht zu erzielen ist. Da frägt sich nun, welches die Parthien des Konkursrechtes sind, wo das Bedürfniss nach Fortschritt und Einheit grösser ist, als der in jenen Verhältnissen liegende Widerstand? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein: jenes Bedürfniss ist am grössten für den kaufmännischen Konkurs und jener Widerstand ist weit schwächer gegen das materielle, denn gegen das formelle Konkursrecht.

Die Ausscheidung des kaufmännischen Konkurses vom gemeinen ist allerdings für die deutsche Schweiz etwas Fremdartiges; um so geläufiger aber ist sie für die französische Schweiz. Nun haben wir schon oben (pag. 19 u. flg.) an einzelnen Bestimmungen nachgewiesen, dass jene Ausscheidung nicht eine künstliche ist, sondern in der Natur der Sache liegt, was denn auch in den neuern und ausgezeichnetern deutschen Gesetzgebungen anerkannt worden ist. Dabei machen wir überdiess noch aufmerksam, dass unser Entwurf durchaus nicht eine vollständige Trennung des kaufmännischen und des gemeinen Konkurses mit sich bringt, sondern sich mit Bezug auf jenen auf einzelne wichtige Sätze beschränkt und in allen andern Beziehungen den Kantonen freie Hand lässt, die bestehende Einheit des kaufmännischen und des gemeinen Konkurses auch fernerhin aufrecht zu erhalten. Wir gehen also auch hier in den Einheitsbestrebungen nur so weit, als ein wirkliches und dringendes Bedürfniss es erheischt. Das Bedürfniss erheischt gemeinsame und sichere Bestimmungen vorzugsweise nur für den Konkurs des Kaufmanns, der oft mit dem bedeutendsten Theil seiner Geschäfte, Ansprachen und Schulden über die Gränzen seines Wohnsitzkantons hinausreicht, während dies in der Regel für

den Privatmann nicht gilt. Beim Konkurs des Kaufmanns ist die Gefahr einer schnellen betrügerischen Veränderung seines Vermögens zu seinen Gunsten oder zu Gunsten einzelner Gläubiger besonders gross; da ist namentlich die krediterschütternde Bevorzugung der zunächst wohnenden Gläubiger gegenüber den ferne Stehenden leicht möglich und leider auch häufig; es ist vornehmlich der kaufmännische Verkehr, der ohne ernstlichen Schutz des Kreditgewährenden nicht gedeihen kann.

Das Bedürfniss des Verkehrs erheischt also namentlich für den kaufmännischen Konkurs Einheit und Fortschritt. Dagegen liegt kein absolutes Bedürfniss dafür vor, dass der kaufmännische Konkurs in allen Kantonen in der gleichen Form, durch gleichartige Behörden und mit gleichen Terminen verführt werde, dass der Konkurs überall die gleichen nachtheiligen Folgen nach sich ziehe, dass gleiches strafrechtliches Einschreiten gegen den banqueroutier stattfinde u. s. w. Auch für die hier genannten Fragen würde zwar die Rechtseinheit im Interesse der Klarheit und Sicherheit sein. Allein es handelt sich dabei nicht, wie dort, um die betrügerische Verletzung von Rechten Dritter, die für das Vertrauen, das sie geschenkt haben, auch noch gestraft werden; überdiess würde hier die Rechtseinheit allzusehr in die kantonale Organisation von Gerichten und Behörden eingreifen, als dass sie Aussicht hätte, adoptirt zu werden.

Um so entschiedener betonen wir dagegen die eminente und unmittelbare Wichtigkeit der Rechtseinheit für die wenigen, aber einschneidenden Normen, die wir in unsern Entwurf aufgenommen haben. Wir bestimmen,

in welchen Fällen der Konkurs eines Kaufmanns eintritt; es ist dies die Grundlage aller Bestimmungen über die Konsequenzen der Konkurseröffnung. Wir setzen ein System der Publizität der wichtigsten Vorkommenheiten im Konkurs fest. Wir schützen den Gläubiger durch eine strenge Verurtheilung von Handlungen des Gemeinschuldners, die zur Benachtheiligung einzelner Gläubiger führen können. Wir geben dem Verkäufer, der Waaren an den Konkursiten versendet hat, im Interesse der Billigkeit das schirmende droit de suite. Wir stellen gemeinsame Regeln auf über das Akkomodement. Wir haben endlich eine Anzahl von Konkursprivilegien, wie sie in den kantonalen Gesetzen zum Schaden von Recht und Kredit aufgestellt sind, verurtheilt. Alle diese Bestimmungen sind auch solche, die nur dann ihre volle Wirkung ausüben, wenn sie einheitlichen Karakter haben. Auf diese beschränkt sich unser Entwurf. Soweit kann auch heutzutage eine Einheit erreicht werden und wird sie erreicht, so ist schon ausserordentlich viel gewonnen. Will man mehr, so riskirt man, Nichts zu erhalten.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen werden wir über einzelne Bestimmungen des Entwurfs so viel beifügen, als zur Aufklärung nothwendig ist.

Konkurseröffnung und Zahlungseinstellung (Art. 459 bis 464).

Die Konkurseröffnung besteht in dem Ausspruch des Gerichts, während die Zahlungseinstellung eine der Zeit nach davon unabhängige Thatsache ist und meistens der

Konkurseröffnung vorausgeht. In der Regel setzt der Richter den Tag des Eintritts der Zahlungseinstellung ausdrücklich fest und nur, wenn dies nicht geschieht, so ist es rechtlich der Tag der Konkurseröffnung. Wir werden sehen, dass die offizielle Festsetzung der Zeit der Zahlungseinstellung wichtige Folgen hat. Damit stimmen auch der Code de commerce (Art. 441) und das Preuss. Konkursgesetz (§ 122) überein.

Voraussetzung der Konkurseröffnung ist in unserm Entwurf die Zahlungseinstellung, auch hier in Uebereinstimmung mit dem Code de commerce (Gesetz vom 28. Mai 1838), mit der preussischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und mit vielen andern neuern Gesetzgebungen. Was aber unter Zahlungseinstellung zu verstehen sei, kann eine Definition nicht leicht ausdrücken. Es ist eine Thatsache, die zwar in der verschiedensten Weise zur Anschauung kömmt, deren Erkenntniss aber gleichwohl im einzelnen Falle dem kaufmännischen Bewusstsein in der Regel nicht schwer ankömmt. Der Versuch des rheinischen Gesetzbuches, gesetzliche Anhaltspunkte zu geben, ist verunglückt. Ob eine einzelne Zahlungsverweigerung genügt, ob sich dieselbe auf Handelsschulden beziehen müsse, das sind Fragen für das richterliche Ermessen.

Wichtig ist dagegen als feste Norm, dass der Richter, wenn die Einstellung der Zahlungen erfolgt, verpflichtet ist, den Konkurs auszusprechen und zwar nicht bloss auf Begehren des Schuldners oder eines Gläubigers, sondern auch von Amtswegen, übereinstimmend mit Art. 440 des Code de commerce. Delapalud („considérations sur la proposition d'un Code de com-

merce suisse“) hat mit Recht getadelt, dass nach dem neuenburgischen Gesetz vom 24. November 1859 der Schuldner, der nicht im Stande ist, seine Schulden zu bezahlen, in Faillite erklärt werden kann („peut être déclaré en faillite“) und nicht erklärt werden muss. Auch kann nach demselben Gesetz der Konkurs von Amtswegen nur dann eröffnet werden, wenn der Schuldner auf der Flucht ist oder notorischer Weise sein Geschäft im Stich gelassen hat.

Endlich erwähnen wir noch, dass unser Entwurf den Grundsatz feststellt, dass die Eröffnung des Konkurses, sowie der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung ohne Verzug in das Handelsregister eingetragen werden sollen. Dieselbe Vorschrift besteht nach den Art. 480 und 481 auch für die Aufforderung an die Konkursgläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen, ebenso für den Termin zur Verhandlung und Beschlussfassung über den Nachlassvertrag. Diese Bestimmungen sind von Bedeutung; denn es giebt kein wirksameres Mittel zum Schutze der im Konkurs gefährdeten Interessen, als die Publizität der bedeutendsten Vorkommnisse und besonders, wenn ihr ein so angemessenes Organ dienstbar ist, wie das zu schaffende allgemein-schweizerische Handelsregister.

Wirkung des Konkurses auf die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners. Art. 465 bis 473.

Schon in ältern Gesetzen schweizerischer Kantone treten uns energische Bestimmungen entgegen, die in die

Zeit vor dem Konkursausbruch zurückgehen und Geschäfte des Schuldners aus dieser Zeit anulliren. So findet sich in dem Landsbuch des Kantons Glarus eine Vorschrift aus dem Jahre 1733, welche folgendermassen lautet: „Jeder Verkauf, jede geschehene Schatzung, sowie jede Bezahlung in Geld oder Waare, was das immer wäre, so von einem, der in das Falliment gekommen, innert 8 Wochen vom Tage des Todesfalls oder dem Tag der Auffallserkanntniss an gerechnet, geschehen oder geleistet worden wäre, ist ungültig und fällt in die Cassa zurück, und der, so solche Zahlung erhalten, hat für seine Ansprache die gleichen Rechte wie die übrigen laufenden Schulden."

Auch alle neuern Gesetzgebungen haben ein Hauptaugenmerk darauf gerichtet, den Schuldner, der nicht mehr zahlungsfähig ist, zu hindern, Handlungen zum Nachtheil von Gläubigern vorzunehmen. Dahin gehören namentlich der Code de commerce (Art. 443 u. flg.) der preussische Entwurf eines Handelsgesetzes (Art. 750 u. flg., Art. 754—765) und endlich auch das Zürcher Civilgesetz (§§ 1018 u. flg.). Namentlich sind die beiden erstgenannten Bestimmungen über die römische actio Paulliana, mit welcher Rechtshandlungen nur dann angefochten werden können, wenn sowohl der Gemeinschuldner, als die andere Partei dolos gehandelt haben, hinausgegangen.

Der schweiz. Entwurf unterscheidet zwischen vier verschiedenen Klassen von ungültigen oder anfechtbaren Rechtshandlungen. Dahin gehören: 1. alle diejenigen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt; 2. gewisse Rechtshandlungen, welche vor der Konkurseröffnung, aber

nach der Zahlungseinstellung vorgenommen worden sind (zu vergl. Code de commerce Art. 446 und preuss. Entwurf § 756, in welchen Gesetzen aber auch noch die 10 Tage vor der Zahlungseinstellung hinzugenommen werden); 3. alle Rechtshandlungen vor der Konkurseröffnung, aber nach der Zahlungseinstellung, wenn der andere Theil bei dem Empfange der Zahlung oder bei dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts von der Einstellung der Zahlungen bereits Kenntniss besass (zu vergl. Code de commerce Art. 447 und Preussischer Entwurf § 755); 4. Rechtshandlungen, welche schon vor der Zahlungseinstellung vorgenommen worden sind, wenn sie der Schuldner in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger in Schaden zu bringen und auch die mitkontrahirende Partei entweder von dieser Absicht gewusst hat oder Schenknehmerin ist (zu vergl. § 757 Preuss. Entwurf).

Von den genannten vier Perioden ist die zweite die gefährlichste; von der Zahlungseinstellung an bis zur Eröffnung des Konkurses finden am häufigsten betrügerische Arrangements statt. Gleichwohl muss der Entwurf gerade hier von der aufgestellten Regel eine Ausnahme beifügen und zwar mit Bezug auf den Wechsel. Hier muss der Empfänger einer Wechselzahlung vor einer Verletzung durch jene Regel geschützt werden. Denn der Inhaber eines Wechsels ist auch dann, wenn ihm die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners bekannt ist, gleichwohl nicht befugt, die von demselben angebotene Zahlung abzulehnen und Protest zu erheben. Wenn er nun aber nach Ausbruch des Konkurses das Empfangene in die

Masse einwerfen müsste, so würde er ungerecht benachtheiligt, da er auch keinen Regress gegen die Vormänner hat; diesen hat er nicht, weil er nicht protestirte. Daher verfügt unser Entwurf, in Uebereinstimmung mit dem Art. 449 des Code de commerce und mit dem Art. 755 des Preuss. Entwurfes, dass bei dem eigenen Wechsel nur der erste Indossant, der von der Zahlungseinstellung Kenntniss besass, zum Einwerfen der erhaltenen Valuta verpflichtet ist, also nur derjenige, der ja auch bei verweigerter Zahlung des Wechsels keinen Regress mehr hat. Bei der Tratte ist es der Trassant, wenn dieser den Wechsel auf seine eigene Rechnung gezogen hat, sonst aber der Dritte, für dessen Rechnung und in dessen Auftrag der Wechsel trassirt worden ist.

Endlich erwähnen wir hier noch der Bestimmungen des Art. 469 über den Ausschluss der Kompensation von Forderungen und Schulden des Gemeinschuldners; dieselben sind übrigens nichts anderes, denn eine Bestätigung der oben aufgestellten Regeln über die Anfechtbarkeit von Handlungen des Gemeinschuldners. Nach der Zahlungseinstellung, selbst wenn der Konkurs noch nicht eröffnet ist, soll der Schuldner den einen Gläubiger vor dem andern nicht bevorzugen dürfen; denn die Zahlungseinstellung ist de facto der Konkursausbruch. Daher soll die Zahlung, die der Schuldner nach jenem Zeitpunkte zu Gunsten eines Gläubigers vornimmt, von den Massegläubigern angefochten werden können. Soll nun aber dieser Satz eine Wahrheit sein, so muss nicht bloss die Zahlung, sondern auch die Kompensation ausgeschlossen sein. Als besonders häufig wird der Missbrauch geschildert, dass ein Schuldner des Konkursiten nach der Zahlungs-

einstellung eine Forderung an den letztern, die im Werthe gesunken ist, wohlfeil erwirbt, um sie nun zum Nachtheil der übrigen Gläubiger auf die eigene Schuld voll in Anrechnung zu bringen. Ebenso würde die Kompensation ein leichtes Mittel der betrügerischen Benachtheiligung der Gläubiger sein, wenn derjenige, der eine Forderung an den Gemeinschuldner hat, nach der Zahlungseinstellung, nachdem also seine Forderung zweifelhaft geworden ist, sich zum Schuldner desselben machen und dann kompensiren könnte. Das ist im Resultat gerade so schlimm, als wenn er direkt bezahlt worden wäre.

Vindikationsansprüche. Art. 474 bis 476.

Was die Vindikation von fremden Sachen betrifft, welche sich in der Konkursmasse vorfinden, so stimmt auch hier unser Entwurf mit dem Code de commerce (Gesetz von 1838, Art. 574 u. flg.), mit dem gleichlautenden Genfer Gesetz „sur les faillites et banqueroutes" vom 19. Februar 1861 (Art. 574 u. flg.), mit dem Freiburger Handelsgesetz von 1849 (Art. 329 u. flg.), sowie auch mit der Preussischen Konkursordnung von 1855 nahe überein. Namentlich sollen nicht bloss die in natura in der Masse sich vorfindenden Sachen vindizirt werden können, sondern es erhält, wenn dieselben vor der Konkurseröffnung verkauft worden sind, der dadurch benachtheiligte Eigenthümer ein direktes Forderungsrecht auf den Kaufspreis gegen den Schuldner desselben. Auch hier soll das Vertrauen, das ein Kaufmann in den andern

gesetzt hat, geschützt, wer auf die Ehrlichkeit desjenigen baut, dem er Waaren anvertraut, dafür nicht bestraft, sondern in eine möglichst günstige Lage versetzt werden. Auch hier bricht das Gesetz im Interesse eines sichern, vertrauensvollen Verkehrs das strikte Recht; denn nach diesem hätte der Eigenthümer in dem gedachten Falle nicht mehr, als allfällig ein Vindikationsrecht gegen den dritten Besitzer und eine Entschädigungsforderung an die Konkursmasse, während das Recht auf den ausstehenden Kaufspreis dieser letztern zustehen würde.

Analog mit der besprochenen ist die Bestimmung des Art. 475 über die Rückforderung von Wechseln, Handelspapieren und andern Urkunden über Forderungen, wenn sie dem Gemeinschuldner nur zum Inkasso oder mit der Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung bestimmter künftiger Zahlungen dienen sollen, vorausgesetzt, dass sie zur Zeit der Konkurseröffnung bei dem Konkursiten oder bei einem Dritten, der sie für denselben besitzt, noch unbezahlt vorhanden sind. Es ist im Geschäftsverkehr sehr häufig, dass Wechsel oder andere Schuldpapiere einem Geschäftsfreunde übersandt werden, mit dem Auftrage, dieselben zu realisiren, und dass sie der Uebersender mit dem Indossamente oder der Cession versieht. Aeusserlich liegt hier allerdings eine Uebertragung des Eigenthums vor, während in That und Wahrheit nur ein Mandatsverhältniss vorhanden ist. Oder es bestellt ein Kaufmann bei seinem Geschäftsfreunde Waaren oder beauftragt ihn mit dem Ankauf von solchen und übersendet ihm gleichzeitig auch Tratten zur Deckung des Kaufspreises. Fällt nun der Empfänger vor Ausführung des Geschäfts in Konkurs, so soll der Uebersender das Recht

der Rückforderung haben und es ist einleuchtend, wie viel die Bequemlichkeit und Raschheit des Verkehrs durch diesen Satz gewinnen muss. Wir finden auch dieselbe Regel ausser dem französischen und den ihm nachgebildeten schweizerischen Handelsgesetzen im belgischen Fallimentsgesetz (Art. 566), im holländischen Handelsgesetz und in der preussischen Konkursordnung. Das rheinische Handelsgesetz (Art. 584) geht noch über unsere Bestimmung hinaus; nach demselben sollen auch solche Papiere, welche dem Gemeinschuldner ohne die erwähnte besondere Bestimmung übersandt worden sind, aus der Masse zurückgefordert werden können, wenn der Uebersender dem Gemeinschuldner zur Zeit der Einsendung nichts schuldete. Mit Recht hat aber das französische Gesetz von 1838 diese Bestimmung als zu weitgehend verworfen; denn in der Uebermachung von solchen Papieren, z. B. von Wechseln, kann auch ein einfaches Kreditiren an den Empfänger liegen und da ist nicht abzusehen, warum in diesem Falle der Kreditor ein besseres Recht haben sollte, als ein Gläubiger, der dem Gemeinschuldner in irgend einer andern Weise kreditirt hat.

Droit de suite. Art. 477 bis 479.

Von den Vindikationsansprüchen ist das sogenannte droit de suite zu unterscheiden. Bei dem Letztern handelt es sich nämlich nicht um die Geltendmachung eines ursprünglichen Eigenthumsanspruches; das droit de suite hat nicht den Sinn, den Zeitpunkt des Eigenthumsüberganges hinauszuschieben, sondern giebt viel-

mehr dem Verkäufer und Versender von Waaren, wenn diese nicht schon vor der Konkurseröffnung *) abgeliefert sind, trotz dem vollendeten Uebergang des Eigenthums das Recht, sie wieder zurückzufordern. Fragen wir nach der innern Begründung dieses droit de suite, so liegt allerdings in der Bevorzugung der einen vor allen übrigen Gläubigern etwas Stossendes, und es ist darum dieses Institut bei der Berathung des französischen, wie auch des belgischen Fallimentsgesetzes grundsätzlich angegriffen worden. Allein auf der andern Seite steht die altherkömmliche kaufmännische Anschauung, die es als wichtig betrachtet, dass das Kreditgeben auch in dieser Weise befördert und ganz besonders verhindert werde, dass der Gemeinschuldner noch vor dem Ausbruch des Konkurses recht viele Waaren an sich ziehe. Dies hat denn auch die preussische Konkursordnung, sowie die beiden genannten Gesetze bestimmt, das droit de suite beizubehalten. Sehr weitgehend ist das holländische Gesetzbuch (Art. 232), nach welchem die Waaren innerhalb 30 Tagen nach der Aushändigung an den Gemeinschuldner reklamirt werden können. Nach der neuen Fallitenordnung von Hamburg (Art. 24) kann derjenige, welcher dem Gemeinschuldner 14 Tage vor dem kundgewordenen Fallissement, es sei gegen baar oder auf Kredit, verkauft hat, das Gut aus der Masse zurückfordern, sofern es bei dem Gemeinschuldner noch in natura vorhanden ist.

*) In Abänderung des Textes des Art. 477 des Entwurfes muss es heissen: „kann dieselben zurückfordern, wenn sie nicht schon vor der Konkurseröffnung in das Waarenlager . . . abgeliefert sind," statt „vor der Zahlungseinstellung."

In der Schweiz findet sich das droit de suite in den Gesetzgebungen einiger westlicher Kantone, besonders aber auch von Alters her in Basel. Ein Basler Grossraths-Erkenntniss vom 1. August 1785 sagt: dass bei künftigs entstehenden Fallimentern das droit de suite von verkauften Waaren sowohl den Hiesigen als Fremden angedeihen soll und zwar ohne Unterschied, ob die Waare per Comptant verkauft oder geborgt, ob sie noch unterwegs oder abgeladen, oder im Kaufhaus, oder auch schon von dem Fallit bezogen worden oder in dessen Haus oder Magazin sich befinde, wenn sie nur noch emballirt, unerbrochen und unberührt vorhanden, und nicht länger als sechs Wochen vor Ausbruch des Falliments in des Falliten Händen gewesen ist.«

In St. Gallen dagegen hat die Wechselordnung von 1784 vorgeschrieben, dass die Waaren oder Gelder dem Versender und nicht der Debitmassa zustehen, wenn jener hinlänglich beweiset, »dass solche bei Ausbruch des Falliments noch nicht versandt, oder, wenn sie schon auf dem Wege wären, doch damals noch auf seine Kosten und Gefahr gewesen.« Auch das Zürcher Civilgesetz kennt das droit de suite nicht, lässt aber beim Baarkauf das Eigenthum an der verkauften Waare in Folge der Uebergabe nur unter der Voraussetzung übergehen, dass der Kaufpreis bezahlt sei (§ 1442). Beim Kreditkauf bedarf es zur Uebertragung des Eigenthums nur der Uebergabe der Waare an den Käufer (§ 1443); allein es erklärt der § 649 ausdrücklich, dass bei Waaren, welche an den Erwerber versendet werden, in der besondern Verpackung und

Bezeichnung der Waare mit dem Zeichen des Käufers und der Uebergabe an den Fuhrmann sammt Frachtbrief für sich allein noch keine Eigenthumsübertragung liege. Da, wo diese Grundsätze des Eigenthumsüberganges herrschen, ist der Zweck des droit de suite in den meisten Fällen schon erreicht. Um so nothwendiger erscheint dasselbe dagegen da, wo der Eigenthumsübergang im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses oder doch der Absendung der Waare angenommen wird. Diese verschiedenen Grundsätze über den Eigenthumsübergang wollte unser Entwurf nicht antasten und es ist daher auch das droit de suite unabhängig von dieser Frage behandelt worden. Resultat ist: Da, wo der Eigenthumsübergang schon mit der Absendung der Waare oder noch früher eintritt, ist das droit de suite nicht bloss vorzügliches Bedürfniss, sondern auch zum grossen Theile in den Kantonalgesetzen schon eingeführt; wo aber ein anderes Prinzip des Eigenthumsüberganges besteht, wie in Zürich, da ist das droit de suite in den praktischen Folgen nicht sehr weit vom Bestehenden entfernt.

Mit Rücksicht gerade auf diese letztern Rechtsgebiete glauben wir aber, das droit de suite nicht so ausdehnen zu dürfen, wie es in vielen Gesetzen geschehen ist, sondern folgen auch hier dem einfachen System des Code de commerce, welcher in Art. 576 verfügt: „Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins, ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli.“ In gleicher Weise

verfügt auch die preussische Konkursordnung, nach welcher allein entscheidend ist, ob im Momente der Konkurseröffnung die Waaren in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder eines Vertreters desselben übergegangen sind. Alle die willkührlichen Fristen, durch die das droit de suite nicht nur ausgedehnt, sondern auch unsicher in der Anwendung wurde, sind fallen gelassen worden.

Was endlich die Ausnahmen von dem droit de suite in Art. 478 betrifft, so ist namentlich die dritte von Bedeutung, durch welche die *Rechte dritter* Personen geschützt werden. Wird die Waare, während sie unterwegs ist, gekauft und zwar in gutem Glauben und, wie es Uebung ist, durch Uebertragung eines Titels, z. B. eines Konossements, so geht das Recht des dritten Käufers vor und das droit de suite ist aufgehoben.

Nachlassvertrag (Akkord) Art. 481 u. 482.

Während augenscheinlich für das droit de suite gemeinsame interkantonale Normen von grosser darin Bedeutung sind, könnten wir dagegen an sich keinen Nachtheil darin erblicken, wenn die vorliegende Materie des Akkomodements der kantonalen Gesetzgebung überlassen würde. Wir haben dieselbe nur darum aufgenommen, weil in einzelnen Kantonen das Prinzip des Nachlassvertrages noch unbekannt ist. Nun entstehen aber oft in kaufmännischen Konkursen bedenkliche Fatalitäten, wenn einzelne Gläubiger gegenüber einer grossen Mehrheit ein der

Lage der Sache nach gerechtfertigtes Akkomodement hartnäckig verhindern können. Dies geschieht von Seiten der Widerspenstigen nicht selten in der Absicht, die übrigen Gläubiger zu zwingen, ihre Ansprüche voll zu decken.

Was die Erfordernisse zu einem Beschluss über das Akkomodement betrifft, so treffen wir in den schweizerischen Gesetzen auf gar verschiedene Bestimmungen. Nach der Basler Civil-Prozess-Ordnung vom 17. Oktober 1848 (§§ 261 und 266) kann ein Akkomodement nur dann in Kraft erwachsen, wenn zwei Drittheile der in Berücksichtigung kommenden Kreditoren dasselbe angenommen haben und zugleich die Summe ihrer anerkannten Anforderungen zwei Drittheile aller in Anschlag kommenden beträgt. Bei der Zählung der zwei Drittheile der Kreditoren kommen die nicht anwesenden, noch auch vertretenen nicht in Betracht. In dem Bündner Civilgesetz (§ 170) ist gefordert: dass wenigstens drei Viertel derjenigen Gläubiger, denen überhaupt bei der Ausrichtung ein Verlust in Aussicht steht, den Nachlassvergleich annehmen (also nicht bloss drei Viertel der anwesenden oder vertretenen Gläubiger), und dass die ihn Annehmenden mindestens drei Viertel des Gesammtbetrages der in Betracht kommenden Forderungen repräsentiren. Diese Bestimmung stammt aus dem alten Bündner Konkursgesetz her. Das Zürcher Civilgesetz dagegen hat den Nachlassvertrag neu eingeführt und fordert in § 1016 für dessen Abschluss nur die Mehrheit der Gläubiger, welche zugleich die Mehrheit der Forderungen repräsentirt.

Der schweizerische Entwurf ist auch hier dem Code de commerce (Art. 507) gefolgt und hat damit wohl die richtige Mitte getroffen. Die Beschlussfassung erheischt drei Viertel des betheiligten Kapitals, dagegen bloss die Majorität der Köpfe. Jene vertreten das ökonomische Interesse, diese dagegen die Einsicht und da ist es in der letztern Beziehung einzig konsequent, dass nicht alle, sondern nur die anwesenden oder doch repräsentirten Gläubiger gezählt werden. In diesem Sinne spricht auch der Art. 507 Code de commerc ausdrücklich von den „créanciers délibérans.“ Um über diesen Sinn unseres Entwurfes keinen Zweifel zu lassen, muss es in Art. 482 des Textes heissen: „Zur Gültigkeit des Akkords ist erforderlich, dass die Mehrheit der anwesenden oder vertretenen Gläubiger“ u. s. w., statt „die Mehrheit sämmtlicher Gläubiger.“

Endlich schiene es uns auch angemessener, statt des Ausdruckes: „Akkord“, der in unserm Entwurf steht, den in der Schweiz viel gebräuchlichern: „Akkomodement“ zu gebrauchen.

Vorzugs- und Pfandrechte im kaufmännischen Konkurs. Art. 484 bis 487.

Die kantonalen Systeme der Privilegien und Pfandrechte auf Mobilien sind zu einem grossen Theile den gesunden Prinzipien des Kreditwesens so widersprechend, dass sie die Intervention unseres Entwurfes dringend erheischen. Der Kredit ist dem Privilegienwesen irgend

einer Art abhold und befindet sich am besten bei der Gleichheit der Gläubiger; das Vermögen des Schuldners soll im Prinzip das allen Gläubigern gemeinsame Pfand sein. Sollen aber doch einzelne Forderungen bevorzugt werden, so ist dies, wenigstens in bescheidenem Maasse, zu rechtfertigen vor Allem, wenn es durch eine allgemeine gesetzliche Regel geschieht. Dahin gehören die Konkursprivilegien der Krankheits- und Begräbnisskosten, des Lidlohnes und des Miethzinses u. s. w., wie sie in den meisten Konkursordnungen vorkommen, und diese lässt auch unser Entwurf unbelästigt bei Seite liegen.

Handelt es sich dagegen um die Gewährung von Vorzugsrechten durch Convention, durch den Willen des Schuldners, so verlangt die Gerechtigkeit im Interesse der übrigen Gläubiger, wie für das Pfandrecht an Immobilien, in demselben Maasse auch für das Pfand- und Vorzugsrecht an Mobilien eine unverkümmerte Publizität und Spezialität. Die Publizität ist aber hier nur dann eine Wahrheit, wenn die Mobilien, z. B. die Waaren eines Kaufmanns, sich nicht mehr in seinem Magazin, sondern im Gewahrsam des Gläubigers oder eines Dritten befinden. Das dingliche Recht eines Pfandgläubigers ist bei Mobilien erst dann erkennbar, in die Augen fallend, wenn auch die Innehabung, die äussere Lage derselben eine veränderte ist. Es ist der Natur der Sache und dem Vertrauen, dessen der Verkehr bedarf, nicht entsprechend, wenn bei Mobilien, die leicht dislozirt und auch leicht verbraucht oder veräussert, vertauscht oder verwechselt werden, das Pfandrecht auch ohne Besitzveränderung durch Eintrag in ein Pfandbuch erworben werden kann. Immerhin besteht in dem

letztern Falle eine Art der Publizität, durch welche andere Gläubiger, wenn sie vorsichtig sind, eines gewissen Schutzes geniessen. Eine exorbitante Verletzung des Rechtes durch das Gesetz ist es aber, wo ein Schuldner einen Pfandtitel auf die in seinem Gewahrsam bleibenden Mobilien durch eine blosse Hab- und Guts-Verschreibung ohne irgend eine öffentliche Vormerkung ausstellen kann. Es beraubt dadurch das Gesetz auf eine unverantwortliche Weise die davon nicht unterrichteten frühern Current-Gläubiger der Sicherheit, die ihnen das Vermögen des Schuldners gewähren sollte und die spätern Gläubiger werden in ihrem Vertrauen auf die Garantie, die in dem vorhandenen Waarenlager zu liegen scheint, getäuscht.

Die schlimmen Folgen, die ein solches System von Pfand- und Vorzugsrechten an Mobilien nothwendig mit sich führt, werden aber noch vielfach dadurch erhöht, dass in jedem Kanton ein besonderes System der Kollokation der Konkursgläubiger gilt und darum die Rechtskenntniss für den ausserkantonalen Gläubiger praktisch unmöglich ist. Der Kantonsangehörige kennt jene Vorzugs- und Pfandrechte und kann sich allfällig schützen. Der kantonsfremde Kaufmann dagegen, der Kredit gewährt hat, wird mit Entrüstung vernehmen, dass die inländischen Gläubiger, die sich beim Herannahen des Konkurses oder schon vorher Titel mit allgemeiner Hab- und Gutsverpflichtung ausstellen liessen, sammt und sonders Vorgang haben und ihm nichts mehr zurücklassen.

Wir betrachten es als eine Aufgabe unseres Entwurfes, auch hier dem Kredite unter die Arme zu greifen.

Wir erklären es aber noch mehr für eine Ehrensache unseres Landes, mit solchen Räubereien, die im Namen des Gesetzes verübt werden und unsern ehrlichen Namen beflecken, einmal gründlich aufzuräumen. Nun sind wir uns zwar wohl bewusst, dass unser Entwurf mit seinen vier kräftigen Sätzen tief in die kantonalen Rechte und Gewohnheiten einschneidet und verletzt und es wird darum vor Allem unsere Aufgabe sein, die Tragweite des Entwurfes zu beleuchten, indem wir auf die Haupterscheinungen in den kantonalen Systemen hinweisen. Es wird sich übrigens dabei auch zeigen, dass viele Kantone den Fortschritt, den wir anstreben, schon längst gethan haben.

Wir beginnen im Westen und stellen an die Spitze unserer Rundschau den Code civil, der in Genf und im bernischen Jura gültig ist, und dessen Grundsätze auch in den Kantonen Neuenburg und Freiburg adoptirt sind. Der Code civil zeichnet sich durch seine trefflichen Grundsätze vortheilhaft aus; derselbe hat jedes Gläubigervorrecht, das sich auf die Form des Titels oder auf das Datum desselben oder auf Betreibungsvorkehren stützt, ausgeschlossen. Ein Pfandrecht auf Mobilien, die im Besitz des Schuldners bleiben, kann nicht begründet werden: „Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties“ (Art. 2076). Damit stimmt auch der Code civil des Kantons Freiburg (Art. 2081) überein: „La remise du gage n'est censée faite et le nantissement ne subsiste qu'autant que le créancier, ou un tiers, par lui constitué, ou convenu entre parties, en a été rendu dépositaire et qu'il en est resté détenteur.“

In Neuenburg wurden nach dem Gesetz vom 16. Mai 1842 die Forderungen, die sich auf einen authentischen Akt stützen („les obligations ou créances par acte authentique"), in der zweiten Klasse, die gewöhnlichen Forderungen dagegen („les cédules ou créances par acte sous seing privé") erst in der dritten Klasse angewiesen, und in beiden Klassen „d'après la priorité de leurs dates respectives." Dieses ganze verwerfliche System aber ist dann durch das Gesetz „sur les faillites" vom 24. November 1859 wieder aufgehoben und damit die Grundsätze des französischen Rechtes hergestellt worden.

Endlich finden wir die Grundsätze des Code civil auch im Civilgesetz des Kantons Tessin von 1837, in welchem namentlich der Art. 1134 lautet: „Il privilegio non sussiste se il pegno non viene consegnato, et se non rimane in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti."

Vorzugsrechte von Gläubigern, aus der Form oder Abfassung des bezüglichen Titels abgeleitet, finden wir in den Kantonen Wallis und Solothurn. Im Civilgesetzbuch von Wallis werden in den Art. 1973 bis 1976 die handschriftlichen Schuldforderungen eingetheilt in solche, deren Datum sicher und solche, deren Datum unsicher ist. Die der ersten Klasse haben den Vorrang vor denen der zweiten Klasse; in jeder Klasse aber konkurriren die Forderungen ohne Rücksicht auf das Datum.

Das Civilgesetzbuch von Solothurn unterscheidet für die Rangordnung des Konkurses von den gewöhnlichen

oder vertrauten Forderungen die sogenannten Handschriftrechte; jene gehören in die sechste, diese in die siebente Klasse. Unter Handschrift versteht das Gesetz einen schriftlichen Akt, in welchem der Schuldner mit seiner Unterschrift oder mit seinem Handzeichen bescheinigt, einem bestimmten Gläubiger eine Summe Geldes schuldig geworden zu sein, und in welchem Ort und Datum des Unterschreibens angegeben, und die Schuldsummen mit Buchstaben geschrieben sind. Kann der Schuldner nicht schreiben, so ist ein Zeuge beizuziehen. Diese Handschriftforderungen gehen den gewöhnlichen Forderungen vor und erhalten unter sich den Rang nach dem Tage der Entstehung. Was das Pfandrecht an Mobilien betrifft, so hat dagegen das Solothurner Gesetz den Grundsatz des französischen Rechts zweifellos hingestellt; kein Pfandrecht an Mobilien ohne Besitzübergabe, also auch kein solches Pfandrecht durch blosse Verschreibung. *)

Aehnliche Natur wie die Handschriftrechte Solothurns haben die Obligationen des Berner Civilrechts. Nach der Satzung 960 desselben muss eine

*) Mit Recht hebt Fick in seiner „kritischen Uebersicht" die „erfreuliche Klarheit und Schärfe" des Solothurner Gesetzes hervor. Wenn er aber beifügt, die Schärfe der Begriffsbestimmungen mache es nicht unwahrscheinlich, dass der Redaktor, Staatsschreiber Reinert, ein Freund des berühmten Keller, diesen zu Rathe gezogen habe, so ist dies eine unrichtige Vermuthung; wenigstens ergiebt sich aus dem bedeutenden Nachlasse von Korrespondenzen des Erstern Nichts für dieselbe. Wer übrigens Reinert gekannt hat, der wird es zum wenigsten nöthig finden, anzunehmen, derselbe habe jenes Rathes zu seinem Werke bedurft. So klar und scharf, wie seine Paragraphen, war das Denken und jedes Wort aus dem Munde dieses seltenen Mannes.

Obligation 1) von einem Notar, oder der ganze Inhalt derselben von dem Schuldner eigenhändig abgefasst, in dem erstern Falle von dem Notar auf das Gelübd des Schuldners, und in dem letztern von dem Schuldner unterschrieben sein; 2) soll sowohl der Grund der Verpflichtung des Schuldners angegeben, als seine Habe und Gut für die Schuld verschrieben werden, und 3) muss sie die Angabe des Tages, des Jahres und des Ortes ihrer Ausstellung enthalten. Diese Obligationen werden nach § 586 des bernischen Vollziehungsverfahrens von 1850 in der fünften Klasse angewiesen, im Vorrang vor den gewöhnlichen Forderungen; unter sich konkurriren sie nach dem Datum der Begründung des denselben zukommenden Vorrechts. Das Vorrecht der Obligationen beruht auf der Form des Titels; zugleich liegt aber darin auch eine Art generellen Pfandrechts auf sämmtliches Hab und Gut, freilich ohne die geringste Spur von Publizität. Schon längst hat man im Kanton Bern das Verderbliche dieses Vorrechts eingesehen und es lag schon vor Jahren ein Projekt zur Abschaffung desselben vor dem Grossen Rathe.

Nach § 535 des bernischen Vollziehungsverfahrens besteht überdies in dem Gantverfahren ein Vorrecht der Gläubiger, welche eine gerichtliche Pfändung vorgenommen haben und unter ihnen selbst entscheidet das Datum der Pfändung über den Vorgang. Allein nach eingetretener Güterabtretung fallen alle auf dem Betreibungswege erworbenen Pfandrechte wieder dahin (§ 587 a. a. O.).

Aargau befindet sich gegenwärtig in einer Uebergangszeit. Auch da bestand in den meisten Bezirken,

wie im Kanton Bern, das Vorrecht der Obligationsforderungen. Dasselbe ist nun im Grundsatze bereits aufgehoben; es sollen aber in den Bezirken Aarau, Brugg, Kulm, Lenzburg und Zofingen diejenigen Forderungen, welche vor dem 1. Mai 1850 ein allgemeines Pfandrecht (Generalität) erworben haben, noch während 10 Jahren (d. h. bis zum 1. Februar 1867) in die fünfte Klasse gewiesen werden, und erst von da an mit den laufenden Forderungen in die sechste (Einführungsgesetz der Geldstagsordnung vom 26. November 1856, § 3). Im Uebrigen kennt auch das aargauische Gesetz kein Pfandrecht an Mobilien, die im Besitze des Schuldners geblieben sind und wird darum auch von den Prohibitionen unseres Entwurfes nicht betroffen.

Im Kanton Waadt verlieh der Code civil (Art. 1622) den Forderungen mit authentischem oder doch legalisirtem Titel ein Vorzugsrecht vor den übrigen Forderungen und klassifizirte dieselben nach ihrem Datum. Allein dieses System, das ungerecht ist und den Betrug begünstigt, wurde dann durch das Gesetz vom 11. Dezember 1838 aufgehoben.

Was sodann die Erwerbung eines Pfandrechts auf Mobilien betrifft, so enthält hier der Code civil des Kantons Waadt in Art. 1561 den richtigen Grundsatz des französischen Rechtes: „Dans tous les cas le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.“ Dieser Vorschrift direkt entgegen hat dann aber ein Dekret vom 19. Dezember 1845 „sur l'établissement d'une banque cantonale“ in Art. 29 ver-

fügt: „La banque pourra recevoir en nantissement ou en gage des objets laissés en la possession du débiteur.“ Ein ferneres Dekret des Grossen Rathes vom 22. Mai 1849 „sur les nantissements et les protêts à la banque cantonale“ bestätigt dieses Bankprivilegium. Der Art. 1 lautet: „Le nantissement en faveur de la banque cantonale peut être fait par une inscription sur un régistre ouvert adhoc, qui contiendra la mention de la somme due, de l'espèce des titres ou des objets remis en nantissement, ou un état de leur qualité, poids et mesure. . . .“ Der Art. 2 fügt bei: „Le nantissement pourra aussi être fait par acte sous seing privé duement légalisé.“ Endlich Art. 3: „La disposition de l'art. 29 du décret du 19 décembre 1845 . . ., qui permet de laisser en la possession du débiteur les objets donnés en gage ou en nantissement, est conservée.“

Im Jahre 1864 hat dieses Privilegium der waadtländischen Kantonalbank zu einem Rekurse von genferischen und waadtländischen Kaufleuten (J. A. Chevalier und Mithafte) an die schweizerische Bundesversammlung geführt, in welchem die Verfassungswidrigkeit jener Dekrete wegen Verletzung der Rechtsgleichheit behauptet worden ist. Diese konstitutionelle Frage berührt uns hier nicht, um so mehr aber das Verhältniss des Privilegiums zu den Forderungen der Gerechtigkeit und des Kredites. Dasselbe enthält eine Verletzung unseres obersten Satzes, der Publizität des Pfandrechtes, die in der Uebertragung des Besitzes an den Pfandsachen besteht. Sehr gut sagt darüber der Verfasser der erwähnten Rekursschrift, Herr E. Secretan: „On ne veut pas, qu'un négociant obéré puisse emprunter sur les marchandises de son ma-

gasin, qui sont déjà livrées en gage; qu'un chevalier d'industrie puisse obtenir un crédit chimérique en faisant miroiter aux yeux de ses dupes un riche mobilier dont il ne posséde pas une seule parcelle.« Jenes Pfandrecht ohne Besitzesübergang erscheint aber hier um so hässlicher, als es nicht Allen gegeben ist, die so vorsichtig sind, es zu erwerben, sondern nur Einem Gläubiger, und zwar noch einem Staatsinstitute, von Staatsbehörden dekretirt. Die Absicht war offenbar die, der Bank das Darleihen auf Faustpfänder zu erleichtern. Allein sieht man nur wenig genauer zu, so wird jenes Privilegium für die Bank selbst „odiosum." Sie wird zwar in einzelnen Fällen von ihrem Vorrecht Vortheil ziehen. Allein es ist ebenso klar, dass dasselbe Vorrecht dem Kredite aller Derjenigen einen Stoss versetzt, die mit der Bank zu thun haben. Es ist sehr leicht verständlich, dass sich in letzter Zeit Bankhäuser erklärt haben, selbst dem vertrauenswürdigsten Kaufmann des Waadtlandes nur dann Kredit zu ertheilen, wenn er mit der waadtländischen Bank in keiner Geschäftsverbindung steht. Die unmittelbare Folge davon kann natürlich nur eine für den Verkehr der Bank selbst sehr ungünstige sein.

Mit Befriedigung und ohne Ueberraschung vernehmen wir darum aus der citirten Rekursschrift, dass der Generalrath der Waadtländer Bank mit Einstimmigkeit beschlossen hat, bei der Regierung auf Abschaffung der genannten Dekrete von 1845 und 1849, betreffend das Bankprivilegium, anzutragen.

Eine eigenthümliche Stellung nimmt in der vorliegenden Frage das Zürcher Privatrecht ein. Dasselbe

sucht einerseits dem Eigenthümer von Mobilien alle möglichen Kreditmittel zu erhalten und verschliesst ihm darum auch die Verpfändung ohne Uebertragung des Besitzes und die generelle Verpfändung nicht absolut. Auf der andern Seite dagegen giebt dieses Gesetzbuch auch das Prinzip der Publizität nicht ohne Widerstreben Preis, sondern sucht die Forderungen des Kredites im Allgemeinen mit dem Bedürfniss des Einzelnen, sich mit allen Mitteln Kredit zu verschaffen, zu versöhnen.

Nach § 874 des Zürcher Gesetzes kann mit Bewilligung des Bezirksgerichtspräsidenten ein Pfandrecht an beweglichen Sachen, auch ohne Uebertragung des Besitzes an den Gläubiger, durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch des Gemeindeammanns bestellt werden. Es können nach § 876 selbst vertretbare Sachen in dem Sinne durch das Pfandbuch verpfändet werden, dass ein bestimmtes Maass oder Gewicht oder eine bestimmte Zahl solcher vorhandenen Sachen haftet. Sind einzelne Sachen verpfändet worden, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach dem Verbrauch oder einem regelmässigen Wirthschaftswechsel ausgesetzt sind, so treten die zum Ersatz der abgegangenen Stücke angeschafften gleichartigen Sachen auch in pfandrechtlicher Beziehung an die Stelle jener. Darin liegt nun aber ein Aufgeben des Grundsatzes der Spezialität der Verpfändung und ohne Spezialität ist, trotz dem Pfandbuch, auch keine wahre Publizität möglich; denn dazu gehört, dass die verpfändeten Stücke als solche leicht erkennbar sind. Wir glauben nun allerdings, dass die Pfandverschreibung und zwar mit der Möglichkeit eines Pfandwechsels,

gewissen partikularen Bedürfnissen, z. B. dem Institut der Viehleihkassen, entspricht. Es scheint aber, dass das Gesetz selbst dieser Art der Verpfändung keine bedeutende Rolle zuschreiben wollte; sonst hätte es auch die Wirkung der Verschreibung nicht auf die Dauer eines Jahres beschränkt und je vor Ablauf desselben eine Erneuerung gefordert. Das Alles spricht deutlich dafür, dass die Pfandverschreibung des Zürcher Gesetzes nicht auf den kaufmännischen Verkehr abgesehen ist; wird sie aber auf denselben angewendet, so kann sie offenbar nur schädlich wirken. Denkt man an einen ausgedehnteren Verkehr, so ist das Pfandbuch des Gemeindeammanns kein genügendes Organ der Oeffentlichkeit.

Von grösserer praktischer Bedeutung erscheint uns im Zürcher Gesetz das generelle Pfandrecht, das nach § 889 auf ein ganzes Vermögen, liegendes und fahrendes Gut, eine Gattung oder eine Masse von Waaren u. s. f. bestellt werden kann. Die Wirkung desselben besteht darin, dass der Pfandberechtigte zwar allen speziellen und allen gesetzlichen Pfand- und Vorzugsrechten nachsteht, dagegen einen Vorzug vor den laufenden Forderungen in Anspruch nehmen kann. Wir gestehen nun zwar gerne, dass die Gefahr, die in diesem Pfandrechte liegt, im Vergleich mit der „Obligation“ des bernischen Gesetzes, mehrfach gemildert ist. Das Zürcher Gesetz verlangt zur Bestellung die kanzleiische Fertigung und ganz besonders wird das generelle Pfandrecht nur dann wirksam, wenn der Schuldner nicht innerhalb zwölf Wochen nach der Bestellung in Konkurs geräth. Allein damit ist immerhin die Gefahr, die wir schon früher signalisirt haben, nicht abgewendet und es wurde

auch schon in der Kommission zur Berathung des Zürcher Gesetzes auf gänzliche Abschaffung des generellen Pfandrechtes angetragen. Wir machen hier einzig darauf aufmerksam, dass besonders der kaufmännische Verkehr unter einem generellen Pfandrechte zu leiden hat, weil die kaufmännischen Ansprachen in der Regel keine speziellen Pfandrechte für sich haben und also zu den laufenden Forderungen gehören.

Einen starken Gegensatz zu dem zürcherischen System bildet endlich das neue Bündnerische Civilgesetzbuch. Während dasselbe sonst in Vielem dem Zürcher Gesetze gefolgt ist, hat es hier in voller Selbstständigkeit und zwar getreu den Prinzipien der Spezialität und Publizität sowohl die Pfandverschreibung als das generelle Pfandrecht verworfen. Nachdem für die Rangordnung im Konkurs in § 162 des Gesetzes die Pfandrechte und die gesetzlichen Vorzugsrechte (Konkurskosten, Arzt- und Beerdigungskosten, Liedlöhne, Anspruch der Frau, des Mündels und frommer Stiftungen) angeführt sind, fügt das Gesetz bei: „Zuletzt folgen alle übrigen rechtmässigen Ansprachen an den Falliten, welchen Namen und Ursprung sie immer haben mögen, und zwar die verzinslichen mit Zuschlag der nicht verjährten Zinse. — Von den zu einer Klasse gehörigen Gläubigern, vorbehältlich dessen, was bei Pfandrechten gilt, hat in den Konkursausrichtungen keiner einen Vorzug vor dem andern.“ — Was endlich den Erwerb eines Pfandrechtes an Mobilien betrifft, so hat auch hier das Bündner Gesetz das Richtige festgehalten; denn es bedarf dafür nach § 304 ganz ausnahmslos der Besitzübergabe. „Der Besitz des Faustpfandes kann von dem Pfandgläubiger auch durch Dritte, nicht aber durch den Schuldner ausgeübt werden.“

Aus der vorstehenden Uebersicht des Zustandes der Kantonalrechte geht hervor, welche praktischen Wirkungen die Adoptirung der Art. 484 bis 487 des schweizerischen Entwurfes in den einzelnen Kantonen haben müsste. Allerdings würde der Entwurf in einige Kantonalrechte tief einschneiden; allein wir haben ebenso deutlich gesehen, dass sich mehrere Gesetzgebungen schon total auf unserm Rechtsboden befinden, dass ferner in mehreren Kantonen in den letzten Jahren ohne Widerstand ebenso grosse Modifikationen vorgenommen worden sind, wie die von uns vorgeschlagenen und zwar fast Alle in demselben Geiste, der auch unsern Entwurf diktirt hat. Auch Dr. Andreas Heusler sagt in seiner Abhandlung über „die Bildung des Konkursprozesses nach schweizerischen Rechten" (Zeitschrift für schweizerisches Recht, 7. Band), es erscheine die Anschauung als die am meisten gerechtfertigte, welche Allen ohne Ausnahme gleiches Recht und gleiche Befriedigung gewährt. Es wird freilich gegen unsern Entwurf eingewendet werden, dass nicht nur der kaufmännische, sondern auch der gemeine Konkurs aller jener Fortschritte bedürfe. Dies ist, abgesehen davon, dass das Bedürfniss vorzugsweise beim kaufmännischen Konkurs ein schreiendes ist, durchaus richtig; wir zweifeln aber nicht daran, dass der Fortschritt auf dem einen besonders bedrohten Punkte am allerehesten einen Fortschritt auf der ganzen Linie zur Folge haben wird.

Schliesslich bemerken wir noch ausdrücklich, dass unser Entwurf absichtlich die gesetzlichen Pfand- und Vorzugsrechte von Ehefrauen und Minderjährigen in keiner Weise berührt hat. Allerdings ist es dem kaufmännischen Kredite schädlich,

wenn die Ehefrau für eine Quote ihrer Ansprachen ein Vorzugsrecht nicht nur auf die Immobilien, sondern auch die Mobilien, also z. B. auf das Waarenlager ihres Ehemanns ausüben kann. Allein es hängt diese Frage so nahe zusammen mit dem System des ehelichen Güterrechtes, dass eine entsprechende einheitliche Lösung derselben unmöglich ist, so lange die kantonalen Gesetzgebungen über das eheliche Güterrecht noch so ausserordentlich verschieden sind. Aehnliches gilt auch von dem Verhältniss des Privilegiums der Minderjährigen zum Vormundschaftsrecht.

Von der Kassation und Urtheilsfällung durch das Bundesgericht.

Es giebt wohl viele Handelsleute, die sich dadurch, dass in unserm Entwurf keine Organisation von Handelsgerichten enthalten ist, in ihren Erwartungen getäuscht finden. Wir haben uns zwar über diese Frage schon in unserer Schrift: „Zur Frage eines schweizerischen Handelsgesetzes 1862" ausgesprochen; gleichwohl mögen hier noch einzelne Bemerkungen ihren Platz finden.

Das Institut der Handelsgerichte erfreut sich in unsrer Zeit offenbar der Gunst sowohl der Juristen, als der Kaufmannswelt. Dasselbe besteht schon in Frankreich, Spanien, Portugal, Italien, Belgien, Russland, in mehreren deutschen Staaten, wie Preussen, Oestreich, Baiern, Baden, in Leipzig, Bremen und endlich auch in den schweizerischen Kantonen Genf und Freiburg. Im bernischen Jura sind zwar keine besondern Handelsgerichte gebildet; es nehmen aber die dortigen Civilgerichte die Stelle von Handelsgerichten ein und

haben, wenn sie als solche funktioniren, eine ungewöhnliche Kompetenz, ein besonderes Prozessverfahren u. s. f. Endlich wird in Zürich gerade in unsern Tagen die Einführung eines Handelsgerichtes vorbereitet und binnen kurzer Zeit ein bezüglicher Verfassungsrevisions-Artikel dem Volke zur Annahme vorgelegt werden. Bemerkenswerth ist, dass sich das Institut der Handelsgerichte überall da, wo es eingeführt ist, einer grossen Popularität erfreut. Eine Wiederabschaffung der schon eingeführten Handelsgerichte ist nur in Holland vorgekommen und auch hier nur ganz ausnahmsweiser Verhältnisse willen.

In Deutschland hat sich der erste deutsche Handelstag in Heidelberg im Jahre 1861 dahin ausgesprochen: „es möge überall und möglichst gleichzeitig mit der Einführung des deutschen Handelsgesetzes die Organisation von Handelsgerichten in Angriff genommen werden.“ Uebereinstimmende Resolutionen haben auch der siebente Kongress deutscher Volkswirthe zu Hannover und der fünfte deutsche Juristentag zu Braunschweig gefasst, beide im August 1864. Es ist in diesen Versammlungen von den verschiedensten Standpunkten aus festgestellt worden: 1) dass für Entscheidungen von Handelsrechtsstreitigkeiten besondere Gerichte wenigstens an den Orten zweckmässig sind, wo für eine gehörige Zusammensetzung derselben die erforderlichen Garantien vorliegen; 2) dass die Handelsgerichte aus rechtsgelehrten und kaufmännischen Elementen zusammenzusetzen sind, so aber, dass die Leitung der Verhandlung in der Hand eines rechtsgelehrten Richters liegt; 3) dass die richtigste Zusammensetzung in Einem rechtsgelehrten Richter und zwei kaufmännischen

Beisitzern besteht; 4) dass auch in zweiter Instanz eine Mitwirkung von Kaufleuten an der Entscheidung nothwendig erscheint.

Mit diesen Beschlüssen scheint uns im Allgemeinen, wenigstens für deutsch-schweizerische Verhältnisse, das Richtige getroffen zu sein. Auch in Zürich wird eine Verbindung von juristischen und kaufmännischen Elementen beabsichtigt. Allein darum fällt uns nicht ein, einer andern Organisation, wie namentlich derjenigen des Genfer Handelsgerichts zu nahe treten zu wollen. Le tribunal de commerce in Genf besteht nach der „loi organique des tribunaux du canton de Genève du 4 mars 1848“ (Art. 8 bis 10) aus einem Präsidenten und acht Richtern. Sämmtliche neun, von denen immer nur je drei das Gericht bilden, werden vom Grossen Rathe aus den Kaufleuten und gewesenen Kaufleuten gewählt und nur der Gerichtsschreiber ist ein Jurist. Wir haben uns auch durch eigene Anschauung überzeugt, dass in dem Genfer Handelsgericht Gewandtheit und Rechtskenntniss die wirklich enorme Geschäftsmasse so gut beherrschen, dass das Fehlen von rechtskundigen Richtern nicht fühlbar ist. Wir haben uns über die in Handelssachen so wichtige Raschheit der Abwicklung der Prozesse um so mehr gewundert, als das Richteramt unentgeldlich ausgeübt wird. Auch in Freiburg besteht das Handelsgericht aus lauter Kaufleuten; nur kann ein Jurist als Rechtskonsulent beigezogen werden.

Schon diese Eine erste Differenz in der Zusammensetzung des Handelsgerichts zeigt uns, dass eine einheitliche Organisation für die ganze Schweiz nicht bloss auf

bedeutenden Widerstand stossen, sondern auch der Natur der Sache nicht angemessen sein würde. Was in Genf bei seinem zahlreichen und gebildeten Kaufmannsstande möglich und auch recht gut ist, könnte leicht in einer andern Stadt nicht anders durchführbar sein, ausser auf Kosten der Rechtsprechung selbst. Es müssen hier nicht bloss kantonale, sondern selbst örtliche Verhältnisse ihre Berücksichtigung finden.

Dasselbe gilt in gleichem Maasse auch für die Hauptfrage der Einführung von Handelsgerichten. Mit Recht will auch der deutsche Juristentag nur da Handelsgerichte einführen, wo für eine gehörige Zusammensetzung derselben die erforderlichen Garantien vorliegen. Kann nun das Letztere von jedem schweizerischen Kantone oder gar Gerichtsbezirke angenommen werden? Aber auch abgesehen von dieser Möglichkeit haben wir einzelne Kantone, in denen die Einführung von Handelsgerichten nicht nothwendig ist und von der Bevölkerung entschieden zurückgewiesen würde. Dahin gehören die Kantone, die noch wenig Handel haben. In Bern hat sich die Kommission, die in den 30ger Jahren den Entwurf eines „Handels-Gesetzbuches für die Republik Bern" vorbereitete, gegen die Einführung von Handelsgerichten entschieden (Siehe die Motive, verfasst von dem Redaktor des Entwurfes, dem damaligen Fürsprecher Blösch, pag. 85 u. flg.). Aber selbst in Basel, wo allerdings das Civilgericht schon zu einem grossen Theil aus Kaufleuten besteht, hat der Grosse Rath noch vor einigen Jahren einen Antrag auf Einführung von Handelsgerichten abgelehnt. So würde denn unser Entwurf mit Verkennung unserer so verschieden gestalteter Landesverhältnisse handeln, wollte er die Einführung von

Handelsgerichten obligatorisch machen. Jeder Kanton hat auch seine besondere Gerichtsorganisation und mit dieser muss die Organisation von Handelsgerichten im Einklang stehen. In Zürich war die Gesetzesrevisions-Kommission lange Zeit in ihrer Mehrheit gegen Aufstellung von Handelsgerichten, und es war nur dadurch möglich, eine Mehrheit für dieselben zu gewinnen, dass man sie möglichst strenge in den bestehenden Gerichts-Organismus einordnete.

Es soll daher die Frage der Einführung von Handelsgerichten der kantonalen Gesetzgebung vollständig überlassen bleiben.

Eine andere Frage ist nun aber die, ob nicht durch den Entwurf ein gemeinsames Obertribunal geschaffen werden soll, mit der Aufgabe, die Einheit in der Anwendung des Gesetzes durch die Gerichte möglichst aufrecht zu erhalten. Ein solches Bedürfniss wird auch in Deutschland gerade jetzt, nach Einführung des einheitlichen Handelsgesetzes, in allen Kreisen gefühlt. So hat der erste deutsche Handelstag im Jahre 1861 die Resolution gefasst, „es möge durch Vereinbarung der deutschen Regierungen und Stände bald möglichst ein gemeinsamer oberster deutscher Gerichtshof zur Erhaltung der Einheit und gemeinsamen Fortbildung des deutschen Handelsrechts in's Leben treten.“ Im selben Jahre ist in Preussen bei der Berathung des deutschen Handelsgesetzes von der Kommission des Abgeordnetenhauses, sowie in der Plenarversammlung desselben nachdrücklich auf die Nothwendigkeit der Errichtung eines für ganz Deutschland gemeinsamen Gerichtshofs für Handelssachen hingewiesen worden.

In unserm Lande würde nach Einführung eines gemeinsamen Handelsgesetzes die Schaffung eines Obertribunals um so nothwendiger sein, als die Gerichte in den Kantonen so ungleichmässig bestellt sind. In dem einen Kanton sind die Richter Juristen, in einem andern Bauern, in einem dritten besteht eine Mischung, und erst in einem vierten sind es eigentliche Handelsgerichte. Da besteht die augenscheinliche Gefahr, dass trotz der Einheit des Gesetzes die Einheit des Rechts durch verschiedenartige Gerichtsanwendung wieder weit auseinandergehe. Dasselbe Interesse, das wir an einem gemeinsamen Gesetze haben, besteht also auch für ein gemeinsames Tribunal, das berufen ist, in dem aufgeführten Rechtsgebäude die Ordnung aufrecht zu erhalten. Dabei ist auch nicht zu unterschätzen, dass wir in der Schweiz durch die Jurisprudenz eines gemeinsamen Tribunals ein Centrum für die Fortbildung des Rechtes und für die Wissenschaft erhielten. Die gemeinsame Bearbeitung schweizerischen Rechtes würde das sicherste Fundament legen für künftige Bestrebungen nach grösserer Einheit des Rechtes und endlich könnte eine günstige Rückwirkung auf die Lebensfrische und die Bedeutung unserer juristischen Fakultäten für unser Vaterland nicht ausbleiben.

Schwieriger ist nun aber die Lösung der Frage, wie ein solches gemeinsames Tribunal geschaffen werden solle. Der Entwurf schlägt als solches das schweizerische Bundesgericht vor. Es sind gegen diesen Vorschlag ernste Einwendungen erhoben worden und wir gestehen von vorneherein zu, dass dieselben zum grossen Theil begründet sind. Wenn aber Delapalud (a. a. O. pag. 81) die Meinung ausspricht, die Bundesverfassung gestatte

nicht, dem Bundesgerichte eine solche Kompetenz zuzuweisen, und sich dabei auf den Art. 94 derselben beruft, nach welchem das Bundesgericht aufgestellt ist zur Ausübung der Rechtspflege, soweit dieselbe in den Bereich des Bundes fällt," so ist er unserer Ansicht nach im Irrthum. Denn es sind nun die Art. 101, 104, 105 und 106 der B. V., welche bestimmen, was von der Rechtspflege in den Bereich des Bundes gehört und ganz besonders sagt Art. 106 ganz allgemein, es bleibe der Bundesgesetzgebung überlassen, ausser den bestimmt bezeichneten auch noch andere Fälle in die Kompetenz des Bundesgerichtes zu legen. Wir glauben nun, es dürfe diese Bestimmung am allerehesten auf die Gerichtsbarkeit über ein gemeinsames Handels-Gesetz, das von den Kantonen selbst angenommen worden ist, bezogen werden, selbst dann, wenn nicht sämmtliche Kantone dieses Gesetz angenommen haben sollten. Dagegen ist wohl mit Recht behauptet worden, dass die jetzige Organisation des Bundesgerichtes der Aufgabe, die ihm unser Entwurf zuschreibt, nicht angemessen ist. Dasselbe wird auch von der Zusammensetzung dieses Gerichts gesagt und ist jedenfalls insofern richtig, als in dem Bundesgericht das kaufmännische Element gar nicht vertreten ist. Der Vorschlag, das Bundesgericht als Obertribunal aufzustellen, hat sich der Kommission um seiner Einfachheit willen empfohlen, da dasselbe schon da ist und nicht erst neu geschaffen werden muss. Allein wir glauben die Ansicht derselben Kommission damit auszusprechen, dass ihr nur der Grundsatz wichtig ist und nicht auch die vorgeschlagene Ausführung desselben.

Zum Schluss haben wir noch ein Wort beizufügen über die Kompetenz, die unser Entwurf dem Ober-

tribunal verleiht. Es ist selbstverständlich, dass es sich nicht um ein oberstes Handelsgericht handelt, sondern um ein Gericht, das überall da zu urtheilen hat, wo entweder das gemeinsame Gesetz nicht angewendet worden ist, wo es hätte zur Anwendung kommen sollen, oder wo es falsch angewendet worden ist. Es handelt sich also nicht bloss um Handelsprozesse, da unser Entwurf nicht einen ausschliesslich handelsrechtlichen Karakter hat, noch auch um alle Handelsprozesse, da zur Beurtheilung von solchen oft das kantonale Civilrecht allein entscheidend ist und keine Bestimmung des gemeinsamen Gesetzes berührt wird.

Soll nun aber unserm Obertribunal bloss ein Kassationsbefugniss verliehen werden, wie sie das französische Kassationsgericht besitzt? Das war die ursprüngliche Intention der Kommission, die dabei von der Idee beherrscht war, so wenig wie möglich in die kantonale Gerichtsbarkeit einzugreifen. Es ist dann aber der Versuch, diesen Gedanken auszuführen, an der Frage gescheitert, welches Gericht nach ausgesprochener Kassation eines Urtheils von Neuem zu urtheilen habe. Soll die Streitsache an ein Gericht desselben Kantons zur Beurtheilung gewiesen werden? Dann darf es aber nur ein beigeordnetes und nicht ein untergeordnetes sein. Nun würden aber meistens Urtheile von kantonalen Obergerichten kassirt und da existirt in jedem Kanton nur Ein solches. Oder soll zu dem besondern Zwecke ein ausserordentliches Gericht gebildet werden? Dies passt nicht in die kantonale Organisation und trägt den hässlichen Stempel eines Ausnahmsgerichts. Oder soll die Streitsache nach der Kassation des Urtheils an dasselbe Gericht zu nochmaliger Beurtheilung gewiesen werden?

Da muss aber das Gericht auch jetzt wieder seine volle Freiheit im Urtheil haben; ein Zwang wäre in unsern Augen unerhört. Wenn nun aber dieses Gericht bei seiner Ansicht verharrt, so kann eine Kassation zum zweiten Male erfolgen und endlich auch ein drittes und ferneres Mal. Wer soll das letzte Wort haben? Es ist klar, dass eine solche Einrichtung das ganze Institut gründlich diskreditiren müsste. Will man aber zur Auskunft greifen, dem Kassationsgerichte nach der zweiten Kassation auch das Recht der Urtheilsfällung zu geben, so ist dann kein Grund mehr vorhanden, ihm dieses Recht nicht schon nach der ersten Kassation zu verleihen. Endlich ist ein drittes Auskunftmittel, die Beurtheilung der Streitsache nach erfolgter Kassation dem ebenbürtigen Gericht eines andern Kantons zu übertragen. Allein dieser Vorschlag, der dem französischen Verfahren entspricht und da auch sehr gut passt, widerstreitet dem kantonalen Selbstständigkeitsgefühl gewiss viel mehr, als wenn das gemeinsame Tribunal nicht nur kassirt, sondern auch revidirt. Zudem wäre es schwerfällig und gefährlich, wenn ein Prozess nun vor dem Gerichte eines andern Kantons, welches andere Prozessformen und anderes Recht hat, als das erste, von Neuem angehoben und durchgeführt werden müsste. Das Resultat dieser Betrachtungen ist: es solle dem Obertribunal nicht bloss das Recht verliehen sein, ein kantonales Urtheil zu kassiren, sondern auch an der Stelle des kassirten ein neues Urtheil zu fällen.

Schlussbemerkungen.

Nachdem im Juni 1864 der deutsche und im Juli der von Herrn Nationalrath F r i e d r i c h in Genf bearbeitete französische Entwurf des Handelsrechts erschienen waren, hat der Bundesrath im Dezember des gleichen Jahres der Bundesversammlung eine auf den Gegenstand sich beziehende B o t s c h a f t vorgelegt. Dieselbe schliesst mit folgendem Beschlussesentwurf:

1. Die Bundesversammlung spricht den lebhaften Wunsch aus, dass die Kantone sich für Erstellung eines schweizerischen Handelsgesetzbuches verständigen möchten.

2. Der Bundesrath wird eingeladen, diesen Wunsch den Kantonen zur Kenntniss zu bringen und die weitern, geeignet scheinenden Schritte zu thun, um dieselben zu veranlassen, den vorliegenden Entwurf eines schweiz. Handelsgesetzbuches mit thunlicher Beförderung in gemeinschaftliche Berathung zu ziehen.

3. Die Bundesversammlung erklärt sich geneigt, den aus diesen Berathungen hervorgehenden Gesetzentwurf auch ihrerseits für dasjenige ausserschweizerische Gebiet in Kraft zu setzen, für welches das Bedürfniss eines solchen Gesetzbuches sich als nothwendig herausstellen sollte.

4. Der Bundesrath wird schliesslich eingeladen, der Bundesversammlung seiner Zeit das Resultat der Berathungen der Kantone mitzutheilen und die nach Ziffer 3 in Frage kommenden weitern Anträge damit zu verbinden.

Der Ständerath hat in seiner Sitzung vom 10. Dezember 1864 diese Anträge diskutirt und dieselben auf das Referat des ersten Kommissionsmitgliedes, Herrn Stähelin-Brunner aus Basel, nahezu mit Einstimmigkeit angenommen. Nur dem ersten Theile des Antrages wurde eine noch entschiedenere Fassung gegeben; dieselbe lautet: „Die Bundesversammlung erklärt, sie erachte es im wohlverstandenen Interesse der Eidgenossenschaft liegend, dass sich die Kantone zur Erstellung eines schweizerischen Handelsgesetzbuches verständigen.“

Der Nationalrath dagegen hat in seiner Sitzung vom 15. Dezember auf Antrag der Kommission (Referenten: Herr Treichler aus Zürich und Herr Vuy aus Genf) die Verschiebung der Angelegenheit beschlossen. Die Gründe waren mehrfacher Art: man wolle abwarten, bis das Erscheinen der Motive den Mitgliedern des Rathes ein genaueres Studium ermöglicht habe; es wurde aber auch die Frage aufgeworfen, ob nicht statt des Handels-

rechtes das gesammte Obligationenrecht in den Entwurf aufzunehmen sei.

Es sei uns gestattet, hier auf die hauptsächlichsten Bedenken, die in den Räthen und deren Kommissionen laut geworden, so weit dieselben nicht schon durch die Motive beleuchtet sind, einzutreten.

Im Ständerath ist der Entwurf als „*Standesrecht*", als „*Privilegium der Kaufleute*" angegriffen worden. Es hat aber die Entgegnung deutlich hervorgehoben, dass der grosse Fortschritt des Entwurfes im Gegensatz zu den Handelsgesetzen unsrer Nachbarländer gerade darin besteht, dass derselbe vielmehr ein *allgemeines Verkehrsrecht*, denn ein spezifisches Handelsrecht enthalte und dass die Ausscheidung des Kaufmännischen nur da statthabe, wo die eigenthümliche Natur der Verhältnisse es erfordert. Im Uebrigen sind aber auch die ausnahmsweisen Bestimmungen für den Kaufmann *keineswegs* „*Privilegien*", sondern schliessen im Gegentheil *erhöhte Pflichten* für denselben in sich. Das Gesagte gilt besonders von dem Einen Haupttheile von spezifisch handelsrechtlichen Normen, nämlich von dem *System der Publizität durch das Handelsregister*, welches der Aufmerksamkeit und Genauigkeit des Kaufmanns viel zumuthet, und überdiess offenbar auf Nichtkaufleute nicht passen würde. Die andere Hauptkategorie von spezifisch handelsrechtlichen Bestimmungen bezieht sich auf die *Kollektiv-* und auf die *Kommandit-Gesellschaft*. Nun ist aber bekannt, dass in den meisten Kantonen, auch da, wo sonst kein Handelsrecht besteht, besondere Bestimmungen für die Handelsgesellschaften

geschaffen worden sind, so dass sich auch hier unser Entwurf eng an das bestehende kantonale Recht anschliesst. Im Uebrigen verweisen wir auf unsere Erörterungen im ersten Kapitel, das von der Umschreibung des Entwurfes handelt.

Eine von anderer Seite geäusserte Ansicht giebt die Nothwendigkeit von ausgezeichneten Bestimmungen für den Kaufmann zu; allein es soll nur derjenige als Kaufmann angesehen werden, der im Handelsregister steht und auch diese Eintragung soll nicht eine obligatorische, sondern eine freiwillige sein. Es soll danach nur Derjenige dem kaufmännischen Rechte unterworfen sein, der sich demselben durch Eintragung in das Handelsregister unterworfen hat, während nach unserm Entwurf auch derjenige als Kaufmann anzusehen ist, der zur Eintragung in's Handelsregister verpflichtet ist. Unser Entwurf will ein Gesetz, das gleichmässig Alle trifft, die in denselben Verhältnissen stehen, und nicht bloss diejenigen, die sich demselben zu unterwerfen belieben. Allerdings wird das eigene Interesse den honetten Kaufmann in der Regel dazu veranlassen, sich in das Register eintragen zu lassen; allein soll sich ein Anderer durch Nichteintragung, die vielleicht eine absichtliche ist, den Pflichtsnormen und strengen Präsumptionen des Gesetzes entziehen können? Unsere heutige Rechtsauffassung steht einem solchen, gleichsam gewillkührten Rechte für einen freien Verein von ragionirten Kaufleuten, entschieden entgegen. Endlich ist auch offenbar, dass unser ganzes System der Publizität durch jenes Prinzip der Freiwilligkeit an Wirksamkeit auf den Kredit des Verkehrs bedenklich einbüssen würde.

Nun hat man aber gefürchtet, mit der obligatorischen Eintragung auch Solche zu treffen, auf die es das Gesetz denn doch eigentlich nicht abgesehen hat, nämlich die kleinen Händler verschiedener Art. Allein auch dafür hat der Entwurf in seinem Art. 4 ein Ventil angebracht, das die Kantone je nach Bedürfniss öffnen können, indem diesen freigestellt ist, wegen geringem Gewerbebetrieb von der Pflicht der Eintragung und damit von der Eigenschaft als Kaufleute zu liberiren.

Endlich ist in der nationalräthlichen Kommission die nochmalige Prüfung der Frage gewünscht worden, ob nicht der Entwurf auf das gesammte Obligationenrecht auszudehnen sei. Man liess sich dabei namentlich von dem Gedanken leiten, dass es für die Kantone einfacher sei, ein ganzes schweizerisches Obligationenrecht an die Stelle des kantonalen zu setzen, als das letztere in einzelnen Parthien durchbrechen zu lassen. Dies scheint auf den ersten Blick richtig zu sein; bei näherer Prüfung aber zeigt sich, dass die Schwierigkeiten im erstern Fall nicht weniger gross sind, und zwar namentlich desshalb, weil der Umfang des Obligationenrechts in den verschiedenen kantonalen Civilgesetzen sehr verschieden bestimmt ist.

Die Kantone Genf, Waadt, Neuenburg, Bernischer Jura, Freiburg, Wallis und Tessin haben bekanntlich entweder den Code civil selbst oder ziemlich getreue Nachbildungen desselben. Wie der Code civil, so haben auch alle Gesetze der genannten Kantone, mit Ausnahme von Freiburg, das ehliche Güterrecht unter dem Titel: „contrat de mariage“ in der Reihe der Verträge behandelt. Alle jene

Gesetze behandeln auch die Hypotheken als „contrat hypothécaire“, die meisten auch die Privilegien im selben Titel und endlich im gleichen Buche zum Schlusse „la préscription.“ Nun wird aber wohl Niemand darüber im Zweifel sein, dass es zur Zeit noch rein unmöglich ist, eine einheitliche Gesetzgebung über den Contrat de mariage oder über die Hypotheken zu erreichen. Daraus geht hervor, dass ein allgemeines Obligationenrecht, wie es gewünscht wird, in das System der genannten Civilgesetzgebungen durchaus nicht so einfach passen würde. Noch mehr! Auch in dem Obligationenrechte deutscher Kantone findet sich eine Anzahl von Bestimmungen, die durch ein gemeinsames Obligationenrecht nicht ersetzt und also einsam und unzusammenhängend stehen bleiben würden. So finden wir im Obligationenrecht des bernischen Gesetzes auch die Schenkungsbefugniss (Satz. 722) normirt, ferner die Pfandverträge (Gültbrief, Schadlosbrief, Pfandobligation) und endlich die Erbverträge (Ehetag, Eheverkommniss und Erbauskauf). Auch im Obligationenrecht des Zürcher-Gesetzes sind einzelne Bestimmungen enthalten, die durch ein allgemeines Obligationenrecht nicht normirt werden könnten; wir erinnern an die Unterstützungspflicht der Familie (§§ 1095 seq.), an die Bestimmungen über die Versteigerungen (§§ 1468 bis 1479), die pflichtwidrige Schenkung (§§ 1078 und flg.). Im Obligationenrecht des Solothurner Gesetzes sind in den §§ 1240 u. flg. der Erbvertrag, in den §§ 1313 u. flg. die Beschränkung der Schenkungen zu Gunsten von Pflichttheilsberechtigten, in den §§ 1324 u. flg. der Ehetag, in den §§ 1400 u. flg. die Ehrenkränkung durch die Presse, und in den §§ 1505 u. flg. sogar die Schuldbetreibung und die Vollziehung derselben vollständig abgehandelt.

Diese wenigen Beispiele von Rechtsinstituten, die bei den heute bestehenden Ansichten unter keinen Umständen einer gemeinsamen Normirung fähig sind, mögen den Beweis leisten, dass in den meisten Kantonen ein gemeinsames Obligationenrecht nicht einfach die Stelle des Obligationenrechts des kantonalen Civilgesetzes einnehmen würde.

Umgekehrt werden wir nun aber zeigen, dass unser Entwurf namentlich, nachdem vielleicht noch einige Streichungen vorgenommen worden, sich unschwer in ein klares Verhältniss zu den kantonalen Legislationen setzen lässt. Freilich darf man sich nicht einbilden, dass dies ohne jede Konzession, ohne jede Anstrengung möglich sein wird: „on ne fait pas une omelette, sans casser des œufs.“ Es zeigt aber schon ein Ueberblick über den schweiz. Entwurf, dass er sich zum grössten Theile mit Materien befasst, die in den Civilgesetzen der Kantone entweder gar nicht oder doch nicht eingehend behandelt sind. Das erste Buch „Von dem Handelsstande“ greift offenbar in die Civilgesetzgebungen in keiner Weise ein, sondern steht neben denselben. Das zweite Buch „Von den Handelsgesellschaften“ tritt in den meisten Kantonen an die Stelle von Spezialgesetzen; denn in wenigen Kantonen sind jene Gesellschaften im Civilgesetz selbst behandelt und auch in diesem Falle würde einfach das betreffende Kapitel ausser Kraft gesetzt, die gemeine Gesellschaft aber daneben gültig fortbestehen. Vom dritten Buch sind weitaus die meisten Bestimmungen nicht von der Art, um in kantonalen Civilgesetzgebungen Verwirrung anzurichten, da sie meist Gegenstände betreffen, die in den letztern gar nicht oder doch nur in Einzelgesetzen behandelt sind. Dies gilt von der Kommission,

vom Frachtvertrag, vom Wechsel, von der Anweisung und den chèques und von den Warrants. Freilich bezieht sich dies nicht auch auf die Zürcher und die Bündner Civil-Gesetzgebung, welche wenigstens die einen dieser Institute in sich enthalten. Allein auch hier kann nicht zweifelhaft sein, was von der Civilgesetzgebung durch die Einführung des Entwurfes aufgehoben wird.

Anders verhält es sich nun allerdings mit Bezug auf den ersten und den zweiten Titel des dritten Buches, von denen jener einzelne Bestimmungen des materiellen Verkehrsrechtes und dieser einzelne Bestimmungen über den Kauf enthält. Betreffen dieselben auch nur wenige Verhältnisse, so greifen sie doch allerdings unregelmässig, bald auf diesem bald auf jenem Punkte, in das System der bestehenden Civilrechte ein. Davon können wir nun aber vorerst diejenigen Bestimmungen ausnehmen, die sich ausdrücklich bloss auf „Kaufleute“ beziehen, wie z. B. die Bestimmungen über das Zinsmaximum, das Pfandrecht und das Retentionsrecht; denn diese stehen, wie Spezialgesetze, neben oder über den korrespondirenden Bestimmungen der Civilgesetze und sind also in einem klaren Verhältnisse zu denselben. Von den noch übrigbleibenden Bestimmungen ferner können wir, um den Anschluss des Entwurfes an die Kantonalgesetze so viel möglich zu erleichtern, eine Anzahl ohne grossen Schaden aus dem Entwurfe fallen lassen. Es würden dann ausser den spezifisch kaufmännischen nur diejenigen Bestimmungen stehen bleiben, welche eine wichtige interkantonale oder sonst eine grosse Bedeutung haben, wie die Bestimmungen über die Vertragsfähigkeit von Fremden, über die Verträge unter Entfernten, über den Zins, über

die indossabeln Verpflichtungsscheine, die Papiere auf den Inhaber und über die Vindikation von Mobilien. Eine ähnliche Reduktion endlich, wie die eben skizzirte, kann auch mit den Bestimmungen über den Kauf vorgenommen werden, ohne dass damit hervorragende Grundsätze geopfert werden müssen. Wir gehen hiebei von der Ansicht aus, dass das Ziel der Rechtseinigung, das wir anstreben, weit eher erreicht wird, wenn wir es nicht zu weit stecken. Dann können wir auch sicherer auf die höchst wünschenswerthe Betheiligung der französischen Schweiz zählen, die im Allgemeinen zäher an ihren Civilgesetzgebungen hängt, als die deutsche.

Man hat nun freilich auf Deutschland hingewiesen, wo kurz nach Beendigung des Handelsgesetzbuches Schritte gethan worden sind zur Gewinnung eines einheitlich deutschen Obligationenrechtes. Es liegt uns auch bereits der erste Theil eines solchen Entwurfes „über Schuld-Verhältnisse“ vor. Allein wir würden entschieden irre gehen, wollten wir hier von den deutschen Verhältnissen unbedingt auf unsere schweizerischen schliessen. Wir dürfen nicht vergessen, dass der Zustand des Civilrechts in einem bedeutenden Theile Deutschlands ein schlechterer ist, als in der Schweiz, wo seit 30 Jahren manche gute gesetzgeberische Arbeit zu Tage gefördert worden ist. Dann ist auch in der Schweiz der Widerstand des kantonalen Souveränitätsgefühls gegen eine Gesetzgebung, die von unsern Legislativen nur in globo angenommen werden kann, weit grösser, als in Deutschland. In der Schweiz sucht die kantonale Selbstständigkeit, die durch die Bundesverfassung von 1848 in politischen Dingen stark geschmälert worden ist, sich in den ihr

gebliebenen innern Gesetzgebungsfragen zu behaupten. In Deutschland dagegen strebt der national deutsche Geist, sich für die schwachen Errungenschaften auf dem politischen Gebiete zu entschädigen durch nationale Einigung auf dem Gebiete der privatrechtlichen Gesetzgebung und diese Einigung wird noch bedeutend erleichtert durch das geistige Band deutscher Wissenschaft.

Endlich besteht aber auch zwischen dem deutschen Handelsgesetz und unserm schweizerischen Entwurf ein Unterschied, der bei unsrer Frage hier schwer in die Waagschale fällt. Das deutsche Gesetz ist nämlich ein ausschliessliches Handelsgesetz, das nur Kaufleute und namentlich nur „Handelsgeschäfte" beschlägt und den sonstigen Verkehr nicht berührt. Da musste nothwendig das Bedürfniss nach einem Obligationenrecht entstehen und es wurde dasselbe schon vor Abschluss des Gesetzes von deutschen Gelehrten eindringlich hervorgehoben. Ganz anders aber unser Entwurf, der zu einem grossen Theil allgemeines Obligationenrecht enthält, und zwar in allen den Parthien, welche der Rechtseinheit und des Fortschritts bedürftig sind. Dahin zählen wir nun allerdings nicht das ganze Obligationenrecht im gleichen Maasse: denn es giebt einzelne Theile desselben, die einen mehr partikularen Karakter an sich tragen, oder deren Anwendung im einzelnen Fall in der Regel nicht über Ein Kantonsgebiet hinausgeht, so z. B. die Miethe, der Pacht, die Viehverstellung, der Lohndienstvertrag, das Leibgeding, das Depositum, die Bürgschaft. Für alle diese Verträge ist die Einheit des Rechts nicht von ebenso grosser Bedeutung, wie etwa für den Kauf, die Kommission, den Frachtvertrag, den Wechsel.

Aus allen den angeführten Gründen glauben wir uns gegen die Ausdehnung des Entwurfes aussprechen zu sollen und würden eine Einschränkung desselben auf einzelnen Punkten, wie wir oben angedeutet haben, vorziehen.

Zum Schlusse noch ein Wort über das weitere Vorgehen in der Angelegenheit, die uns hier beschäftigt. Wir hoffen, er werde der Nationalrath in der nächsten Sommersitzung dem oben erwähnten Beschlusse des Ständerathes beistimmen; damit ist die Frage von der Bundesversammlung den Kantonen zur Diskussion überwiesen. Der Bundesrath wird dann ohne Zweifel die Stände zu einer Konferenz einladen. Damit diese fruchtbringend und trotz der reichen Materie von nicht zu langer Dauer sei, erlauben wir uns den Vorschlag, es möchten die Kantone alle ihre Anträge auf Abänderung des Entwurfs schon vor der Konferenz einer vorberathenden engern Kommission zur Begutachtung einreichen. Geschieht diess, so wird die Berathung der Konferenz einerseits vorbereitet sein, anderseits auch gewisse Gränzen einhalten. Ist sodann aus der Konferenz ein definitiver Entwurf hervorgegangen, so liegt es in der Stellung der Bundesversammlung, die Kantone einzuladen, dem Entwurf baldmöglichst und unverändert Gesetzeskraft zu verschaffen. — Die Bundesversammlung hat ferner die Beschlüsse zu fassen, welche sich auf die Inkraftsetzung des Entwurfes für ausserschweizerisches Gebiet (gemäss Art. 3 im Beschlussentwurf des Bundesrathes vom 5. Dez. 1864) beziehen. Endlich enthält auch der Entwurf selbst, vorausgesetzt, dass er darin nicht abgeändert wird, einige

Punkte, deren Regelung in die Kompetenz des Bundes fällt, nämlich die Anwendung des Transportrechtes auf die eidgenössische Post, ferner die Gerichtsbarkeit des Bundesgerichtes und allfällig die Uebernahme der in Art. 6 unseres Entwurfes vorgesehenen offiziellen Bekanntmachung des Handelsregisters durch die eidgenössische Administration.

Was sodann die Annahme des Entwurfes in den einzelnen Kantonen betrifft, so sind wir der gleichen Ansicht, die schon in der Botschaft des Bundesrathes vom 5. Dezember 1864 (pag. 6) ausgesprochen ist, nach welcher der Entwurf nicht als ein Konkordat, sondern von jedem Kanton als ein selbständiges Gesetz angenommen werden soll. Man wird dagegen einwenden, in dieser Weise werde die Schweiz kein einheitliches Gesetz erhalten, sondern jeder Kanton an dem Entwurfe beliebige Modifikationen vornehmen und es ist allerdings möglich, dass dies eintritt. Allein dasselbe kann auch einem Konkordat-Projekt widerfahren, wofür noch in den letzten Jahren das Wechsel-Konkordat ein deutliches Beispiel ist und selbst wenn ein gleichlautendes Konkordat wirklich erzielt worden, so ist keine Macht da, die einen Kanton verhindert, Abänderungen an demselben vorzunehmen und aus dem Konkordatsverband wieder auszutreten. Es soll zwar nach dem Tagsatzungsbeschlusse vom 25. Juli 1836 von der Mehrheit der in einem „eidgenössischen Konkordat" stehenden Stände abhangen, den Austritt aus demselben zu bewilligen oder aber, wenn diese das Begehren abweisen, von einem Beschluss der Tagsatzung selbst. Allein es scheint uns unzweifelhaft, dass unter der Herrschaft der

jetzigen Bundesverfassung Konkordate von diesem bindenden Karakter nicht mehr abgeschlossen werden können. „Eidgenössische Konkordate“ in jenem Sinne hiessen nur solche, „welche die Mehrheit der eidgenössischen Stände im Schoosse der Tagsatzung unter sich abgeschlossen hat.“ Ja es scheint die Bundesversammlung jenen Tagsatzungsbeschluss von 1836 sogar bezüglich der unter dem Bundesvertrag von 1815 entstandenen Konkordate nicht zu respektiren und die Freiheit des Rücktritts von einem Konkordate den Kantonen ungeschmälert zuzugestehen.

Aus dem Angeführten geht hervor, dass mit der Erhebung unseres Entwurfes zum Konkordat für die Unveränderlichkeit desselben wenig gewonnen wäre. Ausserdem würde der herkömmliche Begriff von „Konkordat“, auf ein rein civilrechtliches Gesetz angewendet, sehr wenig passen. Endlich wäre es durchaus nicht angemessen, wenn der Bundesrath, welcher nach Art. 90 der Bundesverfassung für Beobachtung der Vorschriften eigenössischer Konkordate zu wachen hat, eine über den kantonalen Gerichten stehende Interpretationsbefugniss in Fragen des Handelsgesetzes erhielte.

Damit soll nun freilich nicht gesagt sein, dass wir auf eine unveränderte Annahme und einheitliche Fortbildung des Entwurfes nicht den grössten Werth legen. Es hat dies auch die deutsche Bundesversammlung mit Bezug auf das deutsche Handelsgesetzbuch gethan, indem sie durch Beschluss vom 8 Mai 1861 den Wunsch ausgesprochen hat, „dass die betreffenden Regierungen mit der Anzeige über die Einführung des Handelsgesetzbuchs die Bereitwilligkeit erklären

möchten, etwa später als wünschenswerth erscheinende Aenderungen oder Ergänzungen dieses Gesetzbuchs nicht einseitig, sondern vielmehr in derselben Weise, wie dasselbe in's Leben gerufen worden, zur Ausführung zu bringen. Diesem Wunsche sind bis jetzt die deutschen Staaten nachgekommen und derselbe Grundsatz ist auch für die seit dem Jahre 1848 bestehende deutsche Wechselordnung praktizirt worden, indem die derselben beigefügten acht Zusätze gemeinsam berathen, beschlossen und seither in vielen Bundesstaaten als „Nürnberger Novellen" zu Gesetzen erhoben worden sind.

Um denselben Zweck auch bei uns zu erreichen, sollten die Kantone, welche den definitiven Entwurf zum Gesetz erheben, eine Konvention abschliessen und darin feststellen, in welcher Weise später wünschenswerthe Modifikationen berathen und beschlossen werden sollen, immerhin in dem Sinne, dass jedem Kanton zu jeder Zeit freisteht, sich von dieser Konvention wieder loszusagen. In dieser letztern wäre aber namentlich auch das gemeinsame offizielle Organ für die Publikationen der Eintragungen in's Handelsregister zu bestimmen und das einzelne Administrative darüber festzustellen. Gerade in diesem gemeinsamen Organ scheint uns ein wirksames Mittel zu liegen, die Kantone zur unveränderten Annahme und gemeinsamen Fortbildung des Gesetzes zu bewegen. Es soll sich nämlich jenes gemeinsame Organ nur auf diejenigen Kantone erstrecken, welche den gemeinsam festgestellten Entwurf auch unverändert

angenommen haben und in dieser Gemeinschaft verharren. Nun liegt aber andererseits der Nutzen jenes gemeinsamen Organs für den Handelsstand so sehr auf der Hand, dass gerade dies für die Kantone ein bedeutender Grund mehr ist, den Entwurf unverändert anzunehmen und nur durch gemeinsames Vorgehen zu modifiziren.

Wir glauben nach den vorstehenden Andeutungen, es könne der hohe Zweck, den die Bundesbehörden durch ihr verdienstliches Vorgehen in's Auge gefasst haben, auch ohne Konkordat erreicht werden. In höherem Maasse aber freilich würde dies der Fall sein, wenn ein Artikel in die Bundesverfassung aufgenommen würde, welcher der Bundesversammlung die Kompetenz giebt, ein schweizerisches Gesetz über das Verkehrsrecht zu erlassen. Es ist schon in den Revisionsverhandlungen vom Jahr 1848 vom Stande Bern ein dahin zielender Antrag gestellt, dann aber verworfen worden. Heute wird nun das Bedürfniss viel allseitiger empfunden, als vor 17 Jahren und wir wünschen, die schweizerischen Behörden und das Volk möchten, sobald eine Revision der Verfassung wirklich in Frage kommt, auch hier revidiren, um dem jetzigen Zustand des Verkehrsrechtes, der materiell und moralisch gleich verderblich ist, ein Ende zu bereiten.

Ein einheitliches Handelsrecht ist eine Ergänzung der Bundesverfassung von 1848 durch ihre eigenen Prinzipien. Sie hat für die Niederlassung, die Gewerbeausübung, für Zölle, Posten und Münzen die kantonalen Schranken weggeräumt. Wer sehnt sich heute nach den alten Münzen

zurück? Oder hat etwa der einheitliche Münzfuss das Gefühl für Kantonalsouveränität beleidigt? Nun ist aber auch mein Inhaberpapier, mein Wechsel, mein Gläubigertitel eine Münze, die aber leider heute noch Werth und Farbe ändert, wenn sie über die Kantonsgränze hinausgeht. Ist hier Ueberzeugung oder kantonale Eigenthümlichkeit thätig? Nein! sondern es sind Vorurtheil und Trägheit, die einem bessern Zustand widerstreben. Zur Zeit ist die neue Geldmünze sogar auf dem Markte in paar Tagen nicht nur einstudirt, sondern auch geschätzt worden. Werden sich nicht auch unsre Juristen bald und leicht in das neue Verkehrsrecht eingelebt haben? Wir zählen auf die Unterstützung der Vorurtheilsfreien, die wissen, was das Gesetz dem Leben schuldig ist. Und dass endlich und zum voraus die Handelsleute für den Fortschritt einstehen werden, darum ist uns am wenigsten bange. Sie spüren es fort und fort, wie der schlechte Rechtszustand den Boden, auf dem sie arbeiten, unaufhaltsam unterhöhlt. Fürwahr kein r e d l i c h e r Kaufmann wird es zu beklagen haben, wenn einmal die Paragraphen des Verkehrsrechtes der zweiundzwanzig Kantone mit ihrem verschiedenartigen Gepräge sammt und sonders in den Schmelztigel gewandert sind.

Inhaltsverzeichniss.

	pag.
Einleitung	1
Die Umschreibung des Entwurfes	2

Von dem Handelstande.

Von dem Kaufmann und dem Handelsregister .	24
Von der kaufmännischen Firma	38
Von dem kaufmännischen Gerichtsstande . .	41
Von den Handelsbüchern	43
Von den Prokuristen und den Handelsbevollmächtigten	49
Von den Handelsmäklern oder Sensalen . .	57

Von den Handelsgesellschaften.

Die Kollektivgesellschaft	59
Die Kommanditgesellschaft	93
Die Aktiengesellschaft	109
Die Kommanditgesellschaft auf Aktien . .	167

Von Geschäften des Mobiliarverkehrs.

pag.
Allgemeine Bestimmungen 189

Vertragsfähigkeit eines Kantonsfremden . . 193
Vertragsschliessung zwischen Entfernten . . 197
Erfüllung von Verpflichtungen 200
Zinsen 202
Indossable Verpflichtungen, Konossemente etc. . 210
Das Papier auf den Inhaber 217
Vindikation von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren 219
Bestellung eines Faustpfandes durch einen Kaufmann 233
Kaufmännisches Retentionsrecht 237

Vom Kauf 241

Kauf auf Besicht oder Probe 244
Kauf nach Probe 244
Der bestimmte Lieferungstermin im kaufmännischen Verkehr 245
Das Differenzgeschäft 246
Rechte und Pflichten des Käufers . . . 249
Uebergang der Gefahr auf den Käufer . . . 256

Von der Kommission.

Begriffsbestimmung 260
Uebergang von Forderungen und von Eigenthum an den Kommittenten 263
Provisionsanspruch des Kommissionärs . . . 264
Das Retentionsrecht des Kommissionärs . . 264
Selbstkauf und Selbstverkauf von Seiten des Kommissionärs 266
Das Delkrederestehen 267
Die Speditionskommission 269

Vom Frachtvertrag. pag.
Natur und Entstehung dieses Vertrages . . 280
Dispositionsrecht des Absenders 283
Schadensersatzpflicht des Frachtführers . . 284
Normalsatz für Verlust an Gewicht oder Maass . 291
Berechnung der Ersatzsumme wegen Verlust oder Beschädigung oder Verspätung 293
Reisegepäck 295
Konventionalstrafe 296
Die Schadensersatzklagen im Falle von mehreren Frachtführern 297
Das Retentionsrecht des Frachtführers . . . 302
Die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer 304
Der Transport durch Eisenbahnen, Posten und Dampfschiffe 307
Von der Versicherung 322
Vom Wechsel und von der Anweisung.
Das schweizerische Wechselkonkordat als Grundlage unseres Entwurfes 343
Die Abweichungen vom schweizerischen Wechsel-Konkordate 363
Die Bankanweisung (chèque) 397
Von den Lagerscheinen und Pfandscheinen (Warrants) 422

Von dem kaufmännischen Konkurse.

Allgemeines 444
Konkurseröffnung 448
Wirkung des Konkurses auf die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners 450
Vindikationsansprüche 454

Droit de suite 456
Nachlassvertrag (Akkord) 460
Vorzugs- und Pfandrechte im kaufmännischen Konkurs 462

Von der Kassation und Urtheilsfällung durch das Bundesgericht. 477

Schlussbemerkungen 486

Druckfehler.

Auf Seite 3, Zeile 24 statt „Klassen von Gesellschaften" lies „Klassen von Geschäften."

Auf Seite 208, letzte Zeile, statt „Wucherstaaten" lies „Wucherstrafe."

Schulz

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Munzinger, Walther

Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes im Auftrage des Tit. schweiz. Justiz-u. Polizeidepartements

Bern 1865

Merc. 64 mh
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10290738-7